

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO**

EDUARDO HENRIQUE KRUEL RODRIGUES

**AS ISENÇÕES ANTITRUSTE A CARTÉIS DE EXPORTAÇÃO:
PERSPECTIVAS DO OUTRO LADO DA FRONTEIRA**

**BRASÍLIA
NOVEMBRO DE 2013**

Eduardo Henrique Kruel Rodrigues

As isenções antitruste a cartéis de exportação:
Perspectivas do outro lado da fronteira

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília (UnB),
como requisito à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira

Brasília
Novembro de 2013

Eduardo Henrique Kruel Rodrigues

As isenções antitruste a cartéis de exportação: Perspectivas do outro lado da fronteira

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovada com conceito [].

Brasília (DF), _____ de novembro de 2013.

Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira

Professor Orientador

Ana de Oliveira Frazão, doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Membro da banca examinadora

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Membro da banca examinadora

Para meus pais, Mônica e Antonio Gustavo, pelas lições
dadas todos os dias.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço à minha família pela atenção, ajuda e carinho dado ao longo da minha vida. Pelas mesmas razões, um especial agradecimento para Fernanda Souza Carmo Nogueira.

Não poderia deixar de agradecer a todos os meus colegas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica pelos ensinamentos nesses quase quatro anos de trabalho. Agradeço à Cristiane Landerdahl de Albuquerque pela revisão e discussão de diversos pontos desse trabalho. À Marcela Campos Gomes Fernandes pelas não poucas horas de discussão quanto ao objeto de pesquisa. Pelas mesmas razões agradeço a Clovis Manzoni dos Santos Lores. Finalmente, agradeço a Breno Zaban Carneiro, com quem muito aprendi sobre direito da concorrência.

Por fim, um agradecimento ao Dr. Paulo Burnier da Silveira pela atenção nesse quase um ano de orientação que permitiu que a elaboração desse trabalho não fosse uma tarefa tão difícil como eu esperava.

RESUMO

Cartéis de exportação são acordos entre concorrentes, normalmente de um mesmo país, por meio do qual as partes buscam coordenar aspectos de suas atividades exportadoras. Praticamente todos os países do mundo preveem alguma forma de isentar tais acordos da aplicação de suas leis de defesa da concorrência. Essas isenções podem estar associadas a políticas industriais, por meio das quais se fomenta as exportações do Estado, ou podem se relacionar a um desinteresse do país em despende seus limitados recursos em práticas que, em princípio, não lhe afetariam. Em se tratando de exportações, a avaliação desses cartéis não pode se restringir aos interesses dos seus países de origem, devendo ser ponderados também os dos países importadores. Especificamente quanto a seus efeitos externos, as eficiências geradas pelos cartéis de exportação, ainda que possíveis, apenas em condições muito restritas justificam a restrição à concorrência que causam. Destaca-se que a imunidade interna conferida pelos países de origem dos cartéis de exportação não implica imunidade às leis antitruste estrangeiras. Com a adoção da teoria dos efeitos como critério de delimitação de jurisdição, tais práticas, quando se mostrem concorrencialmente prejudiciais, são submetidas à legislação dos países importadores. Todavia, uma série de fatores relacionados à aplicação extraterritorial de leis limita a eficácia de tais mecanismos de enfrentamento dos cartéis de exportação. Para seu aperfeiçoamento, importante se faz a sua complementação por mecanismos internacionais. De um lado, a utilização de instrumentos de cooperação internacional (*soft law*) permite que os países afetados se auxiliem reciprocamente, superando possíveis dificuldades que se apresentem. De outro lado, a inserção, no contexto do sistema da Organização Mundial do Comércio, de uma obrigação de registro de cartéis de exportação permitiria maior transparência em relação a esses acordos, um dos maiores obstáculos para a persecução antitruste. A partir da complementaridade das ferramentas, pode-se conceber um sistema que se mostre eficiente para enfrentar os cartéis de exportação. Em não sendo crível a exclusão das isenções conferidas a esses acordos, tal sistema pode se mostrar a melhor forma de se enfrentar o problema.

Palavras chave: Cartel de exportação. Direito da concorrência. Comércio internacional. Regra da razão. Regra per se. Cartéis clássicos. *Public choice theory*. Aplicação extraterritorial de leis antitruste. Teoria dos efeitos. Cooperação internacional. *Soft law*. *Hard Law*. Acordos bilaterais e regionais. Organização Mundial do Comércio (OMC).

ABSTRACT

Export cartels are agreements among competitors, usually from a same country, by which they coordinate aspects of their export activities. Practically all countries of the world establish an exemption of their competition laws to those agreements. These exemptions can be related to industrial policy, by which the State tries to foment its exports, or can be associated to a lack of interest of the country in spending its limited resources to investigate practices that, in a first view, wouldn't affect it. In regard to exports activities, the evaluation of these cartels can't be restricted to the interests of the country of their origin. The interests of the importing countries should also be considered. Specifically about its external effects, the efficiencies enhanced by export cartels, although possible, only under really specific conditions can justify the competition restraint that they cause. It should be pointed that the exemptions conferred by the origin countries of the export cartels don't mean immunity to the competition law of the foreign countries. With the adoption of the effects theory as a criterion to define jurisdiction, when these practices seems to cause negative effects in the importing country, the foreign antitrust law can be applied. However, many factors restrain the effectiveness of the application of domestic competition law extraterritorially. To overcome these limits, it's important to complement it with international mechanisms. The use of international cooperation instruments (soft law) allows that countries affected by export cartels support themselves, overcoming many difficulties that may exist. Furthermore, the creation of an obligatory registration of export cartels in the World Trade Organization system would give transparency to these agreements, overcoming one of the biggest problems to their investigation. With the complementarity of these instruments, it is possible to conceive an adequate system to confront export cartels. In not being plausible the elimination of the exemptions, this system could be the best way to approach the problem.

Key words: Export Cartels. Competition law. International commerce. Rule of reason. Per se illegal. Hardcore cartels. Public choice theory. Extraterritorial application of competition law. Effects theory. International cooperation. Soft law. Hard law. Bilateral and regional agreements. World Trade Organization (WTO).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	12
1.1 O conceito de cartéis de exportação e sua justificativa	12
1.2 Classificações.....	14
1.3 Cartéis de Exportação no mundo	16
1.3.1 O caso dos Estados Unidos.....	17
1.3.2 O caso brasileiro	22
1.3.3 Demais jurisdições.....	25
2 UM PROBLEMA?	29
2.1 Cartéis de Exportação: a realidade.....	29
2.1.1 A utilidade de isenções	29
2.1.2 Efeitos internos: revendo a política indolor.....	31
2.1.3 Efeitos externos: o mercantilismo moderno	34
2.2 Cartéis de exportação: enfrentando o problema	38
2.2.1 Cartéis <i>hardcore</i>	38
2.2.2 Cooperação entre concorrentes.....	40
2.2.2.1 Naked e Ancillary Restraints.....	41
2.2.2.2 Eficiências	43
2.2.3 Cartéis de exportação e cartéis <i>hardcore</i>	45
3 EM BUSCA DE UMA SOLUÇÃO	50
3.1 Mecanismos Unilaterais.....	51
3.1.1 Países de Origem	51
3.1.2 Países de Destino	52
3.2 Mecanismos Internacionais.....	59
3.2.1 Soft Law	60
3.2.2 Hard Law	63
3.2.2.1 Acordos Bilaterais e Regionais	63
3.2.2.2 Acordos Multilaterais: o caso especial da OMC.....	65
3.3 Uma proposta de solução por meio de mecanismos complementares.....	71
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS	78

INTRODUÇÃO

Em 2013, um tema que muita polêmica já causou na comunidade internacional voltou à tona: os cartéis de exportação. Em março, duas companhias chinesas foram condenadas a pagar mais de cento e sessenta milhões de dólares por uma corte federal de Nova Iorque pela fixação de preços de exportações de vitamina C para os Estados Unidos.¹ Alguns meses depois, a russa Uralkalis anunciou seu desligamento da Belarus Potash Company, pondo fim a um famoso cartel de exportação no mercado de potássio. Somente com esse fato, o mercado já anunciava expectativas de redução de preços que alcançavam a ordem de 25%.²

A história da imunização antitruste dos cartéis de exportação guarda íntima relação com o próprio surgimento das leis de defesa da concorrência, no final do século XIX na América do Norte. O pioneirismo dos Estados Unidos e do Canadá em relação à preocupação com um mercado concorrencialmente saudável não foi acompanhada de imediato pelo resto do mundo. Ainda não era tão claro os malefícios da concentração dos mercados, seja por monopólios, seja por cartéis, o que só viria a ser modificado décadas depois. Dessa forma, o pioneirismo na adoção de leis de proteção à concorrência teria imposto – ou ao menos assim foi visto – um ônus aos agentes econômicos nacionais que os colocariam em situação de desvantagem em relação a seus concorrentes externos, os quais gozariam de maior liberdade de se organizarem no que se acreditava serem estruturas mais eficientes. Para remediar a situação, logo se estabeleceu isenções antitrustes a práticas voltadas para exportações.

Hoje, virtualmente todos os Estados que têm leis de defesa da concorrência toleram – ou até mesmo estimulam – seus cartéis de exportação, prevendo alguma forma de isenção a tais práticas quanto à aplicação de suas leis antitruste. Normalmente, tal tolerância funda-se em questões de política industrial, pelo qual determinado país busca organizar seus agentes econômicos no que diz respeito a suas atividades de exportação, de forma a que estes se tornem mais eficientes e, conseqüentemente, tragam mais recursos para o Estado. Essa tolerância, entretanto, pode derivar de motivos muito menos “nobres”, partindo tão somente do desinteresse do Estado em investir seus limitados recursos na persecução de práticas que, supostamente, não prejudicam seus cidadãos.

¹ China blasts US court for \$162 mn price-fixing award. *Global Post*, 19 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.globalpost.com/dispatch/news/afp/130319/china-blasts-us-court-162-mn-price-fixing-award>> Acesso em: 17 out. 2013.

² Uralkali CEO arrested in Belarus amid potash dispute. *CBC News*, 26 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.cbc.ca/news/business/uralkali-ceo-arrested-in-belarus-amid-potash-dispute-1.1346471>> Acesso em: 17 out. 2013.

Todavia, em se tratando de atividade exportadora, os efeitos da prática não podem ser analisados somente dentro das fronteiras do seu país de origem, devendo ser apuradas suas repercussões externas. Nesse sentido, muitas vezes os cartéis de exportação, do ponto de vista do país importador, se aproximam muito do principal inimigo de um mercado fundado no princípio da livre concorrência: os cartéis *hardcore*. Com essa constatação, os países importadores não tardaram a criticar a prática, chamando-a de política mercantilista em que se visa o enriquecimento de um Estado às custas do bem-estar de outro. Apesar disso, a comunidade internacional não conseguiu, até o momento, alcançar um consenso na matéria, o que tem dificultado sua abordagem.

O trabalho parte da concepção de que cartéis de exportação, como acordos que são, não diferem muito de outras formas de cooperação entre concorrentes. Ainda, o que lhe há de peculiar, e o que justifica sua abordagem de maneira dedicada, é a forma de seu enfrentamento. Enquanto os interesses se mostram alinhados quando se trata de perseguições a carteis internacionais, o mesmo não ocorre no tema cartéis de exportação, no qual os interesses dos países exportadores são antagônicos àqueles dos países importadores.

A partir disso, em se aceitando a prática de cartéis de exportação como uma realidade de muitos países, questiona-se: como enfrentar juridicamente seus efeitos nocivos à concorrência nos países importadores? Trata-se da problemática a ser desenvolvida no presente trabalho.

Se, por um lado, a aplicação extraterritorial das leis de defesa da concorrência, por meio da adoção da teoria dos efeitos, equaciona a questão da competência, garantindo jurisdição aos Estados afetados pela prática, por outro lado, não resolve as dificuldades inerentes às investigações de práticas ocorridas inteiramente no exterior, tampouco a questão do *enforcement* das decisões, ao se considerar que muitos desses cartéis não têm ativos ou bens nos países importadores sob os quais possam recair eventual execução. Não bastasse, a aplicação extraterritorial das leis antitruste é uma forma de solução não disponível a todos os países, especialmente àqueles mais suscetíveis à prática: os países menos desenvolvidos. Assim, haja vista as insuficiências de soluções puramente nacionais para enfrentar a questão, a solução parece envolver a adoção de mecanismos internacionais.

Para o enfrentamento do problema e para a verificação da hipótese apresentada, o trabalho estrutura-se em três partes, encadeadas logicamente, cada qual estruturada em um capítulo próprio.

Na primeira, trata-se de definir e entender o objeto de pesquisa – cartéis de exportação –, suas peculiaridades e classificações. Nela serão tratadas as razões e

justificativas para sua tolerância do ponto de vista do país de origem. Ao fim, será analisada a abordagem de diversas jurisdições em relação aos seus próprios cartéis de exportação. Especial atenção será dispensada ao caso dos Estados Unidos, tendo em vista a longa tradição do país em garantir isenções para a exportação de seus agentes econômicos.

Na segunda parte, indaga-se se os cartéis de exportação seriam realmente um problema. Para tanto, começa-se a tratar dos seus efeitos. Inicialmente, verifica-se se as isenções, ao menos nos Estados Unidos, atenderam aos objetivos propostos, o que se fará por meio do levantamento de estudos acerca do perfil dos cartéis de exportação do país. Em seguida, verifica-se a repercussão interna dos cartéis de exportação. Ainda que esse não seja o foco do trabalho, entende-se importante tecer alguns comentários acerca do assunto de forma a se captar todo o contexto da discussão quanto ao tema, bem como das reais implicações da prática. Mais adiante, inicia-se a exposição quanto aos efeitos deletérios dos cartéis de exportação nos países importadores. A partir daí, buscar-se-á enquadrar o objeto de pesquisa dentro dos tradicionais *standards* de decisão no direito antitruste: a regra per se e a regra da razão. Em síntese, verifica-se se cartéis de exportação devem, invariavelmente, ser enquadrados como espécies de cartéis *hardcore*.

Por fim, na terceira etapa, inicia-se a avaliação dos diversos instrumentos existentes que podem ser utilizados para o enfrentamento do problema proposto. A começar por mecanismos unilaterais – tanto do ponto de vista do país de exportação, quanto do de importação – verificar-se-á as limitações de cada um, bem como suas vantagens. O mesmo será feito para mecanismos internacionais, seja na esfera de *soft law*, seja na de *hard law*. Neste último, certo destaque será dado à inserção do tema defesa da concorrência – e mais precisamente do tema cartel de exportação – na Organização Mundial do Comércio. O objetivo é levantar os pontos fortes e fracos de cada ferramenta para que, finalmente, se possa propor uma solução que busque a complementação de cada uma.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.1 O conceito de cartéis de exportação e sua justificativa

De forma a se evitar possíveis confusões, é imperioso dar precisão ao objeto do estudo a ser desenvolvido: cartéis de exportação. Se esse cuidado com os termos utilizados pode ser atribuído a qualquer pesquisa, na presente ela se faz ainda mais premente. Isso porque existe certa variação em relação ao seu uso, o que tem gerado diferentes perspectivas em relação ao tema.

Cartéis de exportação são acordos formados entre concorrentes com o propósito de coordenarem suas atividades, exclusivamente no que se refere à exportação de seus produtos.³ Essa coordenação, em geral, envolve questões referentes a fixação de preços e/ou a divisão de mercados.⁴ A depender do país de origem, podem esses acordos se revestirem de diferentes formas jurídicas, não sendo raro a constituição de associações para se incumbirem dessa coordenação, as quais substituem, para todos os efeitos de exportação, as entidades associadas.⁵

As razões por trás da proteção de tais acordos podem ser divididas em dois grupos. Primeiro, justamente por, numa primeira análise, não impactarem negativamente o mercado doméstico, sendo um acordo que visa unicamente a coordenação em relação a mercados externos, cartéis de exportação não despertam muito interesse das autoridades de defesa da concorrência domésticas – i.e. das autoridades dos países de origem de tais cartéis. Tal fato decorre de uma concepção de que tais acordos não produzem efeitos internamente, o que, como se verá oportunamente, é controvertido.

Para além de uma justificativa meramente relacionada à falta de efeitos domésticos, se associa também a uma questão de ordem de política comercial, por se entender que permite às empresas nacionais melhor inserção no mercado internacional.⁶ Sob tal ótica, isenções a cartéis de exportação são vistas como instrumentos de política concorrencial utilizados para fins de política comercial.⁷ Essa maior competitividade da indústria nacional decorreria das eficiências que a atuação conjunta de concorrentes poderia gerar,

³ VICTOR, A. Paul. Export cartels: an idea whose time has passed. *Antitrust Law Journal*, vol. 60, p. 571-581, 1992.

⁴ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, 1990. Disponível em: < <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf> > Acesso em: 16 set. 2013.

⁵ Nesse sentido, vide as associações Webb-Pomerene, nos Estados Unidos, tratadas no item 2.3.1.

⁶ Na realidade, essa é a verdadeira origem da previsão de tais isenções, conforme se verá logo mais ao se estudar o caso norte-americano.

⁷ Tradução livre de: “Export cartel exemptions are instruments of competition policy for trade policy ends.” BECKER, Florian. The case of export cartel exemptions: between competition and protectionism. *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 3, n. 1, 97-126, 2007, p. 99.

especialmente no que se refere à redução de custos de exportação (e.g., por meio de economias de escala⁸) das entidades envolvidas. Tais economias de escala referir-se-iam à possibilidade de atuação conjunta das empresas em atividades como pesquisa de mercado, marketing, logística, distribuição, bem como a questões referentes a alcançar padrões de qualidade exigidos nos mercados de exportação.⁹ Adicionalmente, fortaleceria as empresas nacionais contraporem o poder de barganha de clientes internacionais.¹⁰

Importante se frisar que o conceito aqui adotado não pressupõe qualquer exame quanto ao poder de mercado¹¹ do cartel. Isto é, não é necessário que o cartel tenha condições de manipular os preços ou a oferta no mercado de exportação em que atua.¹² Ainda que alguns autores incluam no conceito o requisito de poder de mercado¹³, entende-se que um conceito mais abrangente se mostra mais útil, especialmente para os fins do presente trabalho¹⁴⁻¹⁵.

Primeiramente, países que permitem os cartéis de exportação não discriminam entre os que detêm poder de mercado e os que não, conferindo tão somente uma isenção genérica que engloba as duas situações. Consequentemente, na hora de averiguar os efeitos de tais práticas deve-se ater ao fato de que existem diferentes tipos de cartéis de exportação, que implicam diferentes riscos à concorrência. Justamente por isso, e daí decorre a utilidade do conceito amplo, exige-se maior cuidado na formulação de soluções, de forma a se considerar

⁸ Economia de escala se refere à propriedade segundo a qual o custo total médio de longo prazo cai com o aumento da quantidade produzida. Cf. MANKIW, N. Gregory. *Princípios de microeconomia*. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 271.

⁹ JENNY, Frédéric. Export cartels in primary products: the potash case in perspective. In: EVENNET, Simon J.; JENNY, Frédéric (Eds.). *Trade, Competition, and the Pricing of Commodities*. Londres: CEPR, 2012. p. 99-132, p. 100.

¹⁰ “Exporting countries permit domestic export cartels because they expect to increase exports by enabling domestic enterprises to compete more successfully in foreign markets. They expect to achieve this by reducing export costs and enhancing bargaining power against foreign buyers and competitors.” IMMENGA, Ulrich. Export cartels and voluntary export restraints between trade and competition policy. *Pacific Rim Law and Policy Journal*, vol. 4, n. 1, p. 93-151, 1995, p. 94. Cf. também GRIBBIN, J.D. Review of export cartels: report of the committee of experts on restrictive business practices, OECD 1974. *Antitrust Bulletin*, v. 21, p. 341-350, 1976, p. 348. No Brasil, MIURA sintetiza em quatro os benefícios atribuídos aos cartéis de exportação: (i) diminuição dos custos de exportação; (ii) aumento do poder de barganha em face de compradores internacionais; (iii) desestímulo à concorrência ruinosa entre os exportadores; e (iv) a criação de um novo competidor no mercado internacional. MIURA, Maira Yuriko Rocha. *Os cartéis de exportação na ordem jurídica brasileira*. Uma visão de Direito Comercial. 2010. 227 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 69.

¹¹ Poder de mercado relaciona-se à possibilidade de o agente econômico agir de forma independente no mercado, sem necessitar se atentar em relação ao comportamento dos demais agentes. Cf. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 97-100 e GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2006, p.73-74.

¹² Aqui utiliza-se o conceito de Suslow e Levenstein: “Our use of the term ‘export cartel’ is not meant to imply that the member firms are able to exercise market power, but simply that they have been granted permission to engage in activities that cartels behave in, such as fixing prices.” LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, v.20, n. 4, p. 785-828, 2004, p. 788.

¹³ Cf. MARTINEZ, Ana Paula. Isenção antitruste para cartel de exportação: qual o caminho. *Revista do IBRAC*, vol. 17, p. 38-67, 2010. Cf. também MOODALIYAR, Kasturi. The impact of the ANSAC judgements on competition analysis. *SA Mercantile Law Journal*, vol. 18, n. 3, p. 367-375, 2006, p. 367, para quem insere na definição de cartel a intenção de aumentar preços – o que se pode associar ao exercício de poder de mercado – e HÖLZLER, Heinrich; BRAUN, David. Antitrust control over pure export cartels: the new German approach. *Antitrust Bulletin*, v. 27, p. 957-991, 1982, p. 958, que associa o efeito de restrição da concorrência ao conceito de cartel de exportação.

¹⁴ Enfatiza-se que a sua utilidade deriva-se simplesmente da maior potencialidade em problematizar a questão proposta que uma definição mais ampla permitiria.

¹⁵ A não inserção do poder de mercado no conceito de cartel de exportação pode também ser vista em: SOKOL, Daniel. What do we really know about export cartels and what is the appropriate solution? *Journal of Competition Law & Economics*, v. 4, p. 967-982, 2008, p. 968; e VICTOR, A. Paul, *op. cit.*, p. 571.

as peculiaridades de cada hipótese. Com a atribuição de poder de mercado ao conceito, poder-se-ia responder somente à pergunta do que fazer com acordos de exportação entre concorrentes que deteem poder de mercado, deixando em aberto a questão referente aos casos em que este inexistente.¹⁶ Essa definição terá grandes repercussões no Capítulo 2, quando se debruçar sobre o método de análise de tais cartéis.

Por fim, a não inclusão do poder de mercado para a caracterização do cartel de exportação se coaduna melhor com os argumentos expostos acima em relação ao uso de tais isenções como forma de política comercial. Isso porque essas teriam por foco as pequenas empresas, que não teriam condições de, por conta própria, atuarem no mercado internacional. Em tais situações, difícil se referir a existência de poder de mercado, uma vez que seriam empresas que sequer estariam inseridas no mercado (internacional).¹⁷

Curiosamente, exaltando-se esses possíveis efeitos positivos, é comum atribuir-se outra terminologia a tais acordos, de forma a escapar da conotação negativa atribuída a palavra cartel no direito antitruste.¹⁸⁻¹⁹ Nesse sentido, torna-se frequente o uso de expressões como *joint ventures* de exportação ou *export associations*.

1.2 Classificações

É comum a classificação dos cartéis de exportação, de acordo com seu escopo e sua constituição, em cartéis de exportação puros ou mistos e em nacionais ou internacionais.²⁰ Cartéis de exportação puros são os cartéis de exportação clássicos, em que seus efeitos (em princípio) só seriam causados no exterior. Os cartéis de exportação mistos, por sua vez, representam, na verdade, uma flexibilização do conceito acima proposto, pois implicam a existência de efeitos no mercado doméstico.²¹ Cartéis de exportação nacionais referem-se aos acordos que envolvem apenas sociedades de um mesmo país, enquanto os internacionais

¹⁶ De se cogitar que definições que demandam a existência do poder de mercado para a caracterização do cartel de exportação já, implicitamente, propõe uma “resposta” a essa segunda pergunta: não se demandaria nenhuma solução em relação aos casos de acordos sem poder de mercado, pois inexistente qualquer problema nessas situações. Sob tal ótica, a análise de cartéis de exportação se aproxima (ainda que não se confunda) da proposta feita adiante no Capítulo 2.

¹⁷ Cf. IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 122.

¹⁸ A essa dupla caracterização dos cartéis de exportação, cf. VICTOR, A. Paul, *op. cit.*, p. 571: “They can involve practices that are efficiency enhancing, or practices that are unlawful, even criminal, if done at home.”

¹⁹ A respeito, cf. DIAMOND, Sidney A. The webb-pomerene act and export trade associations. *Columbia Law Review*, vol. 44, n. 6, p. 805-885, 1944, p. 881, expondo a possível surpresa dos americanos quando suas *export associations* foram enquadradas como cartéis pelos europeus: “Furthermore, it is unlikely that anyone who voted for the Act dreamed that all Webb-Pomerene associations would themselves be classified as cartels by European lawyers and economists, or that one of them (Copper Exporters, Inc.) would be referred to as ‘a clear case of export cartels deliberately fostered by the Government of the U.S.A. to the detriment of the European consumer’.”

²⁰ Cf. VICTOR, A. Paul, *op. cit.*, p. 571.

²¹ Cf. BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 101; HÖLZLER, Heinrich; BRAUN, David, *op. cit.*, p. 958; SLOAN, Richard A. The Webb-Pomerene Act at Home and Abroad. *Iustitia*, v. 4, p. 36-49, 1976-1977, p. 42.

representam os cartéis em que entidades de diferentes países se coordenam, mas não englobam qualquer dos mercados de origem dos envolvidos.²²

A imunidade em relação às leis nacionais conferida aos cartéis de exportação pode-se dar de duas formas: por isenções explícitas ou por isenções implícitas. Isenções explícitas decorrem de expressa previsão legal que excepciona os cartéis de exportação da aplicação da lei de defesa da concorrência doméstica. As isenções implícitas, por sua vez, decorrem dos critérios de definição de jurisdição conferida pelas leis antitruste. Diante da premissa e da condição de que tais cartéis não produzem efeitos negativos internamente (premissa questionável, como se verá), esses acordos escapariam da jurisdição de países que adotam a teoria dos efeitos – i.e., países em que a lei nacional aplica-se somente aos atos que lhe gerem efeitos, independentemente de sua origem.

A utilização de isenções expressas normalmente ocorre em países que detêm leis antitruste mais fortes, sendo uma demanda para fins de conferir maior segurança jurídica às atividades empresariais.²³ Todavia, justamente por se associar a políticas mercantilistas²⁴ de maneira mais evidente, essa forma de isenção seria malvista pela comunidade internacional.²⁵ Isenções implícitas, por sua vez, podem ser justificadas numa ótica de eficiência: tendo em vista não gerar efeitos no mercado doméstico, as autoridades teriam maiores razões para expenderem seus recursos limitados na apuração de outras práticas que não os cartéis de exportação.²⁶ Assim, o discurso se mostraria mais amigável no cenário internacional, tornando-se menos evidente o interesse - ou a indiferença - do país em expropriar os recursos estrangeiros a seu favor. Provavelmente por tais razões, observa-se, no cenário internacional, uma preferência pelas isenções na sua forma implícita. Destaca-se, nesse sentido, que nove países recentemente abandonaram isenções explícitas e passaram a adotar a sua forma implícita.²⁷

Todavia, parece que a distinção entre a isenção expressa e a implícita é meramente formal. Materialmente, ambas as formas geram os mesmos efeitos para os países de destino das exportações (*target markets*), bem como os mesmos riscos ao mercado

²² Cf. BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 101: “Export cartels can be formed by producers from a single country, or they can be international cartels, made up by producers of several countries and targeting a market where none of these companies has a home market.”

²³ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *op. cit.*, p. 792.

²⁴ Nesse contexto, políticas mercantilistas devem ser entendidas como medidas que visam incrementar as exportações nacionais, de forma a favorecer a balança comercial, ainda que às expensas do bem-estar de países estrangeiros. É comum, também, a utilização do termo *beggar-thy-neighbor policies*. Nesse sentido, cf. VICTOR, A. Paul, *op. cit.*, p. 581; IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 149; WALLER, Spencer Weber. The ambivalence of United States antitrust policy toward single country export cartels. *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 10, p. 98-113, 1989, p. 112. No Brasil, cf. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *op. cit.*, p. 179.

²⁵ Cf. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y., *op. cit.*, p. 792.

²⁶ Daniel Sokol traz interessante análise fundada na *public choice theory* para justificar a isenção conferida a cartéis de exportação. Cf. SOKOL, Daniel, *op. cit.*, p. 969. O tema será aprofundado mais adiante.

²⁷ São eles: Chipre, Alemanha, Hungria, Japão, Coreia, Holanda, Suécia, Suíça e Reino Unido. Cf. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. *op. cit.*, p. 806.

doméstico.²⁸ Com efeito, documentos da OCDE²⁹ apontam que as isenções expressas seriam mais esclarecimentos quanto ao alcance da lei antitruste do que propriamente exceção à lei. Por tal razão, a alteração de formas de regimes de isenção em nada altera o problema dos cartéis de exportação³⁰ – considerando-se que, de fato, eles sejam um problema, o que será tratado em momento próprio.

Mais relevante do que a forma de permissão, é a imposição de necessidade de registro ou de notificação de cartéis de exportação às autoridades nacionais – normalmente autoridades de defesa da concorrência ou relacionadas à defesa comercial. A obrigação de registro usualmente está associada com países que preveem isenções explícitas, mas a relação não é obrigatória: da mesma forma que muitos países que conferem expressamente imunidade a seus cartéis de exportação não exigem o seu registro, podem países que apenas implicitamente estabelecem a isenção exigir a notificação dos acordos^{31 - 32}. Essa obrigatoriedade de notificação, especialmente quando são tornadas públicas, supera uma das principais dificuldades relacionadas à persecução dos cartéis de exportação, que é a falta de informação dos países afetados quanto à existência de tais acordos.³³

1.3 Cartéis de Exportação no mundo

A seção anterior tratou de conceituar cartéis de exportação, bem como a apresentar, brevemente, as justificativas e as formas de sua existência ao redor do mundo. Agora será realizado um estudo de direito comparado em relação ao tema, de forma a apresentar as perspectivas e peculiaridades de cada ordenamento jurídico.

Inicialmente, e com maior profundidade, será analisado o caso americano. Essa especial atenção aos cartéis de exportação dos Estados Unidos decorre de inúmeros fatores. Primeiramente, os Estados Unidos foram o primeiro país a excepcionar os cartéis de exportação da aplicação de suas leis antitruste, sendo que as justificativas lá apresentadas são, grosso modo, repetidas em quase todas as demais jurisdições até hoje. Esse pioneirismo se

²⁸ JENNY, Frédéric, *op. cit.*, p. 105. Ver também BHATTACHARJEA, Aditya. Export Cartel: a developing country perspective. *Working Paper n. 120*, Center for Development Economics (CDE), Department of Economics, Delhi School of Economics, 2004, p. 08.

²⁹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Coverage of Competition Laws: illustrative examples of exclusions*. OECD Joint Global Forum on Trade and Competition. Paris, 2007, p. 3.

³⁰ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y., *op. cit.*, p. 819-820.

³¹ Esse último fenômeno normalmente estaria associado a uma zona cinzenta no que se refere à notificação de atos de concentração e acordos entre concorrentes. Vide capítulo 2.2.2.

³² Em seu estudo, Levenstein e Suslow apontam que todas as seis jurisdições encontradas que demandam o registro dos cartéis de exportação preveem regras de isenção expressa. Cf. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y., *op. cit.*, p. 819-820. Todavia, conforme será especificado em relação ao Brasil logo adiante, é possível a existência de casos de notificação obrigatória dentro de sistemas de isenção implícita. Vide a nota anterior.

³³ Vide item 3.1.2.

reflete ainda em uma extensa produção científica acerca do tema, nesse quase um século de existência da isenção. Ademais, especialmente por demandar o registro de tais acordos, foi possível a realização de uma série de estudos econômicos sobre os efeitos dos cartéis de exportação, interna e externamente. Por fim, os Estados Unidos ainda se mantém um ferrenho defensor dos cartéis de exportação na comunidade internacional³⁴, dificultando, muitas vezes, o alcance de um consenso acerca do tema.

Em seguida, será analisado o caso brasileiro. Curiosamente, existe certa imprecisão e dúvida quanto ao modelo adotado no Brasil, que, conforme se tratará, podem variar de uma regra de isenção implícita a uma proibição de tais cartéis no Brasil.

Concluindo a seção e o capítulo, são analisados, em conjunto, os modelos de diversos outros países. Tendo em vista que a exposição do caso americano serve de explicação para quase todos os sistemas, tratar-se-á de apontar tão somente as peculiaridades e o enquadramento nos modelos de isenção (expressa, implícita, com registro, sem registro) de algumas outras jurisdições.

1.3.1 O caso dos Estados Unidos

Em 1914, foi promulgado nos Estados Unidos o *Federal Trade Commission Act*, o qual criou o *Federal Trade Commission* – FTC dotando-o de certas competências antitruste, entre outros temas. O mesmo ato atribuiu ao recém criado órgão a tarefa de investigar as condições comerciais dos Estados Unidos com outros países, onde associações, combinações ou outras práticas poderiam afetar o comércio internacional entre as partes envolvidas. O órgão deveria se reportar ao Congresso e apresentar recomendações³⁵.

Assim, a primeira grande missão da Comissão foi realizar um estudo aprofundado das exportações norte-americanas, especialmente as dificuldades enfrentadas por suas empresas no mercado externo. Para tal tarefa, audiências foram realizadas por todo o país, questionários enviados para milhares de indivíduos e sociedades empresárias e informações coletadas de oficiais consulares.³⁶

A conclusão a que o FTC chegou, conforme o relatório enviado ao Congresso em 1916, identificou dois fatores inter-relacionados que estariam limitando as exportações

³⁴ Veja, por exemplo, LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y., *op. cit.*, p. 799, retratando a defesa dos Estados Unidos de seus cartéis de exportação na Organização Mundial do Comércio.

³⁵ Estabelece o 15 USC § 46 (h) poderes ao FTC: “To investigate, from time to time, trade conditions in and with foreign countries where associations, combinations, or practices of manufacturers, merchants, or traders, or other conditions, may affect the foreign trade of the United States, and to report to Congress thereon, with such recommendations as it deems advisable.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission Act, de 1914. Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/46> > Acesso em: 03 set. 2013.

³⁶ DIAMOND, Sidney A. *op. cit.*, p. 805.

americanas. Primeiro, agentes econômicos estrangeiros teriam vantagens em relação aos nacionais, principalmente devido a existência de organizações mais eficientes. Entendia-se que a economia externa – especialmente a europeia – fortemente estabelecida em torno de cartéis protegidos por bancos e auxiliados por transportadores navais e ferroviários, além do apoio governamental, dificultava a inserção das empresas americanas no exterior.³⁷ O relatório também fez referência a cartéis de compra estrangeiros, e as dificuldades enfrentadas pelas empresas americanas para atendê-los.³⁸ O segundo fator relacionava-se à dúvida em relação ao escopo do *Sherman Antitrust Act*, de 1890, para atividades relacionadas ao comércio externo.³⁹ Essa dúvida impediria a constituição de estruturas mais eficientes para a concorrência no exterior especialmente por parte dos pequenos empresários.⁴⁰

Por tais razões, o FTC recomendou a criação de uma isenção ao *Sherman Act* de forma a possibilitar que as empresas nacionais pudessem cooperar entre si – especialmente por meio de agências de vendas – para exportarem seus produtos⁴¹. Premissa dessa sugestão era de que essa isenção não traria efeitos nocivos ao mercado doméstico.⁴²

As recomendações foram acolhidas pelo Congresso norte-americano, que em 1918 promulgou a primeira isenção expressa a favor de cartéis de exportação: o *Webb-Pomere Act*.⁴³

Os interessados em usufruir da imunidade criada pela lei precisariam constituir uma associação de exportação – *Webb-Pomerene association*, ou simplesmente *Webb association* – que teria por única finalidade a exportação de mercadorias e produtos – a lei não cobria a exportação de serviços.⁴⁴ Tais associações deveriam ser registradas no FTC em até trinta dias após sua constituição.

³⁷ Cf. TREDENNICK JR, John Cook. The Webb-Pomerene Act: A Reexamination of Export Cartels in World Trade. *Virginia Journal of International Law*, vol. 19, n.1, p. 151-182, 1978, p. 153-154.

³⁸ DIAMOND, Sidney A., *op. cit.*, p. 806.

³⁹ Tal dúvida pode ser vista em manifestações de congressistas norte-americanos quando debateram o tema e estimularam a aprovação da isenção. Conforme teria dito o deputado Webb: “*This bill seeks to make it legal, if it is not already so, to organize cooperative selling agencies or associations among American exporters.*” O Senador Pomerene, por sua vez, assim teria se manifestado: “*The purpose (of the bill) is simply to legalize associations in developing the foreign trade, about which there was considerable doubt in the minds of many able lawyers without this legislation.*” Para tais referências, cf. SCHILZ, Harold. Post-war operations of export associations under the Webb and Sherman Laws. *Virginia Law Review*, v. 31, p. 613-627, 1945, p. 617.

⁴⁰ SCHILZ, Harold. *op. cit.*, p. 615.

⁴¹ TREDENNICK JR, John Cook, *op. cit.*, p. 153.

⁴² “*The Commission is confident that the enactment of such legislation as that outlined above will permit the development of the cooperative organization which must take place if the manufacturers and producers of the United States are to compete with foreigners on more equal terms in export trade. It is also confident that this essential development can be obtained without harmful effects on the domestic market and without prejudice to the interests of American concerns which conduct their export business outside of any combination*” Federal Trade Commission. Report on cooperation in american export trade. *apud* DIAMOND, Sidney A., *op. cit.*, p. 806.

⁴³ Cf. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y., *op. cit.*, p. 789.

⁴⁴ VICTOR, A. Paul, *op. cit.*, p. 572.

Grande cuidado houve para a descrição do escopo dos atos de tais associações de forma a evitar qualquer restrição ao mercado doméstico dos EUA⁴⁵. Restrição a exportações de concorrentes nacionais também foi proibida.⁴⁶ Assim, condição para a obtenção do registro seria a não geração de efeitos deletérios no mercado interno.⁴⁷ Por tal razão, a isenção cobria tão somente os chamados cartéis de exportação puros, conforme classificação apresentada anteriormente. Cartéis de exportação mistos e internacionais estariam fora do escopo da lei.⁴⁸

A lei claramente tinha o foco de estimular as pequenas empresas, que dominavam o cenário econômico do país à época. Encorajando tais empreendimentos a se vincularem, esperava-se a criação de economias de escala. Por meio de agências de vendas, as empresas se familiarizariam com o mercado externo, concentrariam a demanda em um único agente, e negociariam maiores vendas, bem como condições de transporte e de crédito mais favoráveis.⁴⁹

Assim, esperava-se três consequências do *Webb-Pomerene Act*.⁵⁰ Primeiramente, pequenas empresas seriam encorajadas a se associarem para exportarem⁵¹. Em segundo lugar, e consequência do primeiro, exportadores poderiam concorrer efetivamente com os cartéis estrangeiros, por meio de estruturas mais eficientes – i.e. por meio das agências comuns de

⁴⁵ Não obstante, certas restrições foram consideradas inerentes à formação de tais associações, e portanto, deveriam ser toleradas. Conforme estabelecido no caso *United States vs Minnesota Mining & Manufacturing Co.*, exemplos de tais atos, em circunstâncias normais, seriam: acordos de exclusividade para a exportação dos associados pela associação, recusa da associação em exportar produtos de não associados, acordos de fixação de preços e fixação de preços de revenda de distribuidores estrangeiros ou fixação de cotas. Cf. IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 98. Ademais, na década de 20, em documento conhecido como *Silver Letter*, o FTC adotou uma visão mais liberal, permitindo acordos de preços, termos de crédito, troca de informações e quaisquer outros acordos que se fizessem necessários para promover os interesses dos associados no exterior. Cf. SLOAN, Richard A., *op. cit.*, p. 37 e SCHILZ, Harold, *op. cit.*, p. 620-621.

⁴⁶ Cf. DIAMOND, Sidney A., *op. cit.*, p. 808.

⁴⁷ “One prerequisite for the exemption is that the association does not restrain the domestic trade or the export trade of a domestic competitor. The association must not enter into any agreement that artificially or intentionally enhances or depresses prices within the United States of commodities of the class exported by the association, or that substantially lessens competition within the United States or otherwise restrains trade therein.” IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁸ “Hence the WPA exempts only pure export cartels; mixed export cartels are subject to the same rules as domestic cartels. The exemption does not apply to international export cartels, as stated in the case *United States v. U.S. Alkali Export Association*. Even though the export cartel agreements in Alkali did not specifically allocate the U.S. market, the Court determined that the participants in fact intended to allocate the U.S. market. By limiting foreign exports into the United States, the export cartel was assumed to cause anticompetitive spillover effects within the United States.” IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 97. Cf. também VICTOR, A. Paul, *op. cit.*, p. 572: “Finally, the Webb exemption does not extend to ‘international’ export cartels, as held in the Alkali case, where the practices of allocating exclusive markets outside of the United States, fixing prices on an international scale with foreign competitors in foreign markets, and selling through joint agents with foreign competitors were found to fall outside of the exemption. Even though the proposed export cartel agreements at issue in Alkali did not specifically allocate the U.S. territory, the Court found that the participants in the association in fact intended to allocate the U.S. market. By limiting imports to the United States, the Court found, the association’s activities resulted in anticompetitive spillover effects within the United States.”

⁴⁹ TREDENNICK JR, John Cook, *op. cit.*, p. 157.

⁵⁰ TREDENNICK JR, John Cook, *op. cit.*, p. 155.

⁵¹ Nas palavras do Deputado Webb: “The bill is largely in the interest of the little manufacturers. I can conceive of a hundred small manufacturing concerns in my country [...] each with \$100,000 or \$200,000 capital stock. [...] My little concern and yours cannot afford to maintain independently an individual foreign selling agency, but 50 or 60 of them can form a corporation or association in order to have a selling agency, and the overhead charges then in proportion will be so small that they will be able to meet their organized competitor.” Apud TREDENNICK JR, John Cook, *op. cit.*, p. 155.

venda.⁵² Por fim, a lei possibilitaria às empresas americanas a obtenção de maiores receitas sem custo adicional ao consumidor nacional.

Sessenta anos após a promulgação do *Webb-Pomerene Act*, os Estados Unidos voltou a se debruçar sobre a necessidade de estimular suas exportações⁵³. O crítico déficit na balança comercial foi atribuído à falta de competitividade da indústria nacional. Novamente a falta de clareza das leis antitruste foi identificada como fator inibidor para o estabelecimento de estruturas mais eficientes no país, significando um verdadeiro peso para as empresas nacionais; diminuindo, conseqüentemente, sua competitividade em face de outros países, que, quando tinham leis antitruste, estas se mostravam mais flexíveis.⁵⁴ O modelo das *sogoshos* japonesas era um exemplo a ser seguido.⁵⁵

Diante das fragilidades procedimentais e mesmo substanciais do *Webb-Pomerene Act*⁵⁶⁻⁵⁷, que não teria trazido a segurança jurídica desejada, o Congresso americano promulgou, em 1982, o *Export Trading Company Act* (ETC), o qual não revogou a legislação anterior. A passagem do ETC foi extremamente influenciada por um estudo da *Chase Econometrics*, o qual previa incríveis conseqüências à economia americana com a passagem da lei: aumento do PIB, redução do déficit comercial, geração de empregos.⁵⁸ Parecia a solução para os problemas da economia do país, e tudo a um custo zero, ao menos para o consumidor nacional.

⁵² Ainda segundo o Deputado Webb: "These common selling agencies or associations for export trade would be separate and distinct organizations for the sole purpose of engaging in export trade and would be made up of stockholders from the various exporting companies and individuals interested in this trade. There are many advantages which could be had by them. Chief among these advantages is the saving in cost to the exporting members of the association." Apud SCHILZ, Harold, *op. cit.*, p. 617. "The WPA was designed primarily to enable exports of small and medium-sized firms without individual export ability, and to form a countervailing power against foreign cartels. It was assumed that the costs of exporting would be reduced by eliminating duplicate sales organizations or by obtaining lower rates on export services such as insurance and freight. Groups of relatively smaller scale U.S. producers would more readily be able to enter into and survive in foreign markets in the face of powerful combinations because of their reduced export costs and increased financial resources supporting export programs. Higher prices and improved sales terms generally would be obtained from foreign buyers, especially those organized into buying cartels." IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 97.

⁵³ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y., *op. cit.*, p. 790.

⁵⁴ "The antitrust laws were criticized as too uncertain and as imposing a competitive disadvantage on U.S. firms competing against foreign firms not subject to similarly stringent national regulation. The antitrust laws were also believed to inhibit the formation of export joint ventures and the type of export trading companies successfully used in other countries." WALLER, Spencer Weber. The failure of the export trading company program. *Norh Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 17, n.2, p. 239-276, 1992, p. 239-240.

⁵⁵ *Sogoshos* são organizações econômicas típicas do Japão. Originalmente, eram uma espécie de *trading companies* que comercializavam uma enorme variedade de produtos. Tinha grande importância para o desenvolvimento de negócios, facilitando as relações entre companhias japonesas e o mercado internacional. Com o passar do tempo, diversificaram suas atividades para outros ramos, como investimento e serviços. bem como passaram a atuar também como espécie de banco de investimento. Cf. JAPAN FOREIGN TRADE COUNCIL. *Shosha functions & activities*. Disponível em: < <http://www.jftc.or.jp/shosha/english/function/index.html> > Acesso em 18 set. 2013. Para maiores informações quanto às *sogoshos* e à dificuldade de replicá-las nos Estados Unidos, cf. WALLER, Spencer Weber. The failure of the export trading company program. *Norh Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 17, n.2, p. 239-276, 1992, p. 248-251.

⁵⁶ VICTOR, A. Paul *op. cit.*, p. 574.

⁵⁷ Alguns pontos que necessitariam ser revistos seriam: aplicação internacional do direito antitruste americano, o alargamento da isenção prevista no Webb-Pomerene Act, a possibilidade de participação de bancos nas empresas de exportação, e procedimentos que restringissem a responsabilidade antitruste previamente. Cf. WALLER, Spencer Weber. The failure of the export trading company program. *Norh Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 17, n.2, p. 239-276, 1992, p. 241-242.

⁵⁸ "The ideas culminating in the ETC Act were initially proposed in 1979. The momentum for the ultimate passage of an ETC Act was provided by a 1981 study conducted by Chase Econometrics. The Chase Econometrics' study indicated that the passage of such legislation would, by 1985, (1) increase Gross National Product between \$27 billion and \$55 billion, (2) increase domestic employment between 320,000 and 640,000, and (3) reduce the federal deficit to \$22 billion." WALLER, Spencer Weber. The failure of the export trading company program. *Norh Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 17, n.2, p. 239-276, 1992, p. 242.

Assim como no *Webb-Pomerene Act*, o ETC também não admitia a existência de efeitos no mercado interno, pelo que cartéis de exportação mistos continuaram a ser proibidos.⁵⁹ Todavia, apesar de propósitos semelhantes, substanciais diferenças existem entre as leis. Companhias interessadas em obter um certificado de isenção conforme o ETC deveriam peticionar ao Departamento de Comércio, sendo que o pedido ainda seria revisto pelo Departamento de Justiça, de forma a assegurar a não ocorrência de efeitos negativos no mercado doméstico. Assim, enquanto o registro das *Webb associations* era mera formalidade desempenhada pelo FTC, o registro sobre o ETC envolve maior escrutínio por parte das autoridades competentes.⁶⁰ O fato de o ETC possibilitar cartéis de exportação de serviços⁶¹, permitir a participação de instituições financeiras, autorizar outras formas que não a associação – concedendo isenções até mesmo a simples indivíduo ou empresa – são algumas outras diferenças entre ele e o *Webb-Pomere Act*.

As maiores e principais inovações do novo diploma ocorreram na esfera da imunidade contra a aplicação das leis de defesa da concorrência. A concessão dos certificados pelo Departamento de Comércio implica (i) a inversão do ônus da prova para ações antitruste domésticas, o qual passa a ser atribuído à parte autora; e (ii) a limitação da reparação dos danos civis, os quais passam a ser simples, ao invés de triplos (*treble damages*).⁶² Os limites da imunidade às empresas, especialmente no que se refere ao tipo de atividades que poderá desempenhar, estarão previstos nos certificados do Departamento de Comércio.⁶³ Caso se perceba, posteriormente, a ocorrência de repercussão no mercado doméstico, os certificados podem ser revogados.⁶⁴

Por fim, última lei dos Estados Unidos referente ao tema foi o *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* (FTAIA), publicado junto com o ETC em 1982. O FTAIA confere uma isenção aos cartéis de exportação por restringir a jurisdição do *Sherman Act* em relação a exportações. A lei passou a exigir que, para a aplicação da lei antitruste às condutas voltadas à exportação, tais atos devem ter um direto, substancial e razoavelmente previsível efeito no

⁵⁹ Cf. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The economic impact of the U.S. Export Trading Company Act. *Working Paper N° 1036*. Ross School of Business. University of Michigan, 2006, p. 02.

⁶⁰ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The economic impact of the U.S. Export Trading Company Act. *Working Paper N° 1036*. Ross School of Business. University of Michigan, 2006, p. 07.

⁶¹ VICTOR, A. Paul, *op. cit.*, p. 574.

⁶² Cf. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The economic impact of the U.S. Export Trading Company Act. *Working Paper N° 1036*. Ross School of Business. University of Michigan, 2006, p. 07 e VICTOR, A. Paul, *op. cit.*, p. 574.

⁶³ Para maiores informações quanto a tais certificados, cf. LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The economic impact of the U.S. Export Trading Company Act. *Working Paper N° 1036*. Ross School of Business. University of Michigan, 2006, p. 06-09.

⁶⁴ VICTOR, A. Paul, *op. cit.*, p. 575.

comércio dos Estados Unidos ou nas oportunidades de exportação de empresas americanas⁶⁵⁻
⁶⁶.

Concluindo, há que se destacar a contínua redução do número de *Webb-associations* ou de empresas com certificados de exportação. Enquanto em 1982 existiam 39 associações registradas no FTC, em 2005 o número caiu para sete e para seis atualmente. Por outro lado, apenas 198 certificados ETC foram concedidos desde a entrada em vigor do *Export Trading Company Act* até 2006. Todavia, a redução de cartéis de exportação nos Estados Unidos não significa o fim das preocupações relacionadas a esses acordos, uma vez que as isenções continuam garantidas. Mais provável é que a percepção dos próprios agentes econômicos quanto à inutilidade em se utilizarem de tais mecanismos⁶⁷ levou a essa redução. Ademais, trata-se apenas da experiência norte-americana. Tendo em vista que poucos países mantêm registros públicos quanto a seus cartéis de exportação, impossível se concluir que é um fenômeno que está sumindo.⁶⁸

1.3.2 O caso brasileiro

Não há muita literatura acerca da permissão, pelo ordenamento jurídico brasileiro, a cartéis de exportação. Tal vácuo, muito possivelmente, deriva da falta de casos concretos no Brasil que questionaram a matéria.⁶⁹ Para piorar, muitas vezes as opiniões encontradas se mostram divergentes.

Por exemplo, em pesquisa de Levenstein e Suslow, as autoras entenderam que o Brasil apresenta uma isenção implícita a seus cartéis de exportação, sem haver necessidade de

⁶⁵ WALLER, Spencer Weber. The failure of the export trading company program. *Norch Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 17, n.2, p. 239-276, 1992, p. 262.

⁶⁶ “Sections 1 to 7 of this title shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless (1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect (A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or (B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and (2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Foreign Trade Antitrust Improvement Act, de 1982. 15 USC §6. Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/6a>> Acesso em: 03 set. 2013.

⁶⁷ Mais do que a incapacidade de gerar os benefícios esperados, a formação de cartéis de exportação sujeitaria os envolvidos à persecução antitruste dos países importadores, configurando um risco a mais a ser ponderado. A respeito da aplicação, pelos países importadores, de suas leis nacionais em casos de cartéis de exportação, cf. o Capítulo 3.

⁶⁸ JENNY, Frédéric, *op. cit.*, p. 104 “The lack of interest by competition authorities with respect to export cartels organized by firms in their own countries is also sometimes justified by the fact that there are fewer and fewer export cartels and that therefore they are not worth the bother. There is, however, no empirical evidence that this is the case. What seems to be the case is that there are fewer and fewer Webb-Pomerene associations registered in the United States. But, besides the fact that this does not tell us much about what is happening elsewhere the world, the reduction in the number of Webb-Pomerene associations in the US may be, as we shall see below, a misleading indicator of the number of exports cartels originating in this country.”

⁶⁹ Um dos poucos casos encontrados foi a formação da *joint venture* BRF Trading S.A, entre Sadia e Perdigão, em 2002, ao qual se fará referência mais adiante.

seu registro.⁷⁰ Documento da UNCTAD, por sua vez, é claro em dizer que o Brasil não isenta seus cartéis de exportação da aplicação de suas leis de defesa da concorrência.⁷¹

Em pesquisa dedicada ao tema, Miura concorda quanto à possibilidade de cartéis de exportação no Brasil, todavia, mediante a sua submissão para análise ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica⁷²:

A conclusão a que podemos chegar é a de que eles podem sim ser usados, tendo em vista principalmente dois aspectos. O primeiro é o texto da Constituição de 1988 que estabelece em seu artigo 3º objetivos a serem alcançados pela República Federativa do Brasil. De uma leitura pormenorizada de seus incisos é possível se inferir que os cartéis de exportação estão em linha especialmente com a garantia do desenvolvimento nacional e com a erradicação da pobreza. Da análise sistemática do artigo 170 da Constituição surgem outras considerações favoráveis às associações para exportação, especialmente as relacionadas à soberania nacional, à redução das desigualdades regionais e sociais e a busca pelo pleno emprego.

O segundo aspecto é a redação da Lei 8.884/94, que não deixa dúvidas quanto à possibilidade de a autoridade concorrencial autorizar atos de concentração que possam prejudicar a livre concorrência, desde que atendidos alguns critérios estabelecidos na lei. [...] ⁷³

A aplicabilidade da lei brasileira de defesa da concorrência – Lei nº 12.529/2011 – está prevista em seu art. 2º, nos seguintes termos:

Art. 2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.⁷⁴

Parece nítida a adoção da teoria dos efeitos como critério definidor de nossa jurisdição. Todavia, por também se aplicar às práticas cometidas no território nacional, o alcance da lei suscita dúvidas: atos aqui praticados, que não gerem efeitos no território nacional, submetem-se à lei de defesa da concorrência? Segundo uma interpretação sistemática e finalística do diploma, seria possível arguir que, por não afetar um bem jurídico (entendendo-se que o mercado estrangeiro não é um bem jurídico a ser tutelado pela lei brasileira), não haveria razão para essa aplicação.

Todavia, essa questão pode ser deixada em aberto por ora. Mais importante – ao menos para os propósitos do presente trabalho – do que saber se a lei brasileira se aplica a

⁷⁰ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, v.20, n. 4, p. 785–828, 2004, p. 819.

⁷¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to assure Development Gains*. Trade and Competition issues: experience at the regional level. Nova Iorque, 2005, p. 338: “For example, export cartels are excluded from coverage by the law in most competition regimes (an exception, among others, being Brazil) because domestic consumers are not affected; rather, foreign consumers are the ones who are adversely affected.”

⁷² Mesmo entendimento de FORGIONI. Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 372.

⁷³ MIURA, Maira Yuriko Rocha, *op. cit.*, p. 211.

⁷⁴ BRASIL. LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 de dez. 2011.

práticas que não gerem efeitos no país, é saber se cartéis de exportação (nacionais) geram ou não efeitos no Brasil. Esse questionamento demonstra claramente a insegurança jurídica a que se referiam os norte-americanos quando da discussão do *Webb-Pomere Act* e do *Export Trading Company Act*.

Em face da jurisprudência do CADE⁷⁵ em relação à potencialidade de efeitos no país dos cartéis de exportação, seria possível se afirmar que a lei brasileira se aplica aos cartéis de exportação formados por empresas nacionais, demonstrando que a fronteira entre cartéis de exportação puros e mistos pode até mesmo não existir. Mais do que isso, por força do art. 88 da Lei nº 12.529/2011, tais atos deveriam ser notificados como atos de concentração para exame da autoridade de defesa da concorrência. Nesse exame, todavia, só seriam apreciados os efeitos causados ao Brasil.⁷⁶

Por fim, deve-se dizer que a nova lei de defesa da concorrência pode ter trazido novas perspectivas para os cartéis de exportação nacionais. A nova lei parece ter mostrado maior flexibilidade para com os chamados cartéis de exportação mistos. Conforme seu art. 88, §6º, mesmo acordos que impliquem certas restrições à concorrência no mercado brasileiro, poderão ser excepcionalmente aprovados, dadas certas condições.⁷⁷

Concluindo, o Brasil parece não adotar uma regra de isenção específica para cartéis de exportação, o que não significa a intolerância do país para com esses acordos. Devido às preocupações quanto aos efeitos domésticos de tais acordos, eles se submetem às regras gerais de notificação, passando pelo escrutínio da autoridade de defesa da concorrência. Todavia, as preocupações a serem dirimidas dizem respeito tão somente aos efeitos internos do acordo. A afetação de mercados externos não aparenta ser objeto de análise pela autoridade. De qualquer forma, ressalte-se ainda a possibilidade da ocorrência dos cartéis de exportação mistos no ordenamento brasileiro.

⁷⁵ A análise de decisões do CADE pelo conhecimento de uma série de operações, ou mesmo de como se analisar seus potenciais efeitos, mostra uma baixa assunção de risco, aplicando-se a lei (ainda que não necessariamente um remédio) diante do menor grau de probabilidade de efeito. Especialmente no que se refere à relação entre concorrentes, destaca-se decisão que condicionou a aprovação de Ato de Concentração a que o Requerente se desvinculasse de toda e qualquer relação, societária ou não, que mantinha com grupo concorrente. Cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração Nº 08012.002018/2010-07. Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Julgado em 04 jul. 2012.

⁷⁶ Essas conclusões parecem refletir o que houve na análise, ao menos da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, em relação ao cartel de exportação envolvendo a Sadia e a Perdigão, em 2002. O acordo foi notificado como ato de concentração, e a SEAE entendeu existir graves riscos à concorrência no mercado brasileiro, razão pela qual recomendou algumas restrições. Cf. BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. *SEAE recomenda aprovação com restrições de joint venture entre Sadia e Perdigão*. Disponível em: < http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/2002-1/22-r020529> Acesso em: 02 set. 2013.

⁷⁷ “§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.” BRASIL. LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011, *op. cit.*

1.3.3 Demais jurisdições

Na presente seção, não se buscará aprofundar as regras quanto a cartéis de exportação de diferentes países nos mesmos moldes que feito anteriormente. Tratar-se-á de simplesmente realizar uma simples descrição de outras formas de abordagem quanto ao tema em outras jurisdições.

País semelhante aos Estados Unidos na forma de tratar seus cartéis de exportação é a Austrália. O país prevê uma regra explícita de isenção, mas requer a notificação do acordo para que esta seja concedida.⁷⁸

A lei canadense, por sua vez, expressamente prevê que acordos cujo propósito é unicamente a atividade de exportação não se submetem à responsabilidade antitruste no país, sendo desnecessário seu registro.⁷⁹

Israel apresenta um sistema semelhante ao Brasil, não havendo um critério especial de isenção.⁸⁰ Acordos de exportação se enquadram nas hipóteses de notificação para controle preventivo. Todavia, nessa análise a autoridade é sensível a questões referentes ao interesse público, incluindo a balança de pagamentos do Estado por reduzir importações ou reduzir seus preços, ou por incentivar ou aumentar as exportações.⁸¹

A África do Sul também faz expressa menção de que acordos entre concorrentes que promovam as exportações do país podem receber da autoridade de defesa da concorrência uma isenção em relação à aplicação do Capítulo 2 de sua lei antitruste, que trata sobre as práticas proibidas.⁸²

A União Europeia adota um sistema de isenção implícita: enquanto a fixação de preços no mercado doméstico (i.e., no mercado comum) é expressamente proibida, condutas que restrinjam a concorrência no exterior simplesmente não são mencionadas.⁸³ Nesse sentido, dispõe o art. 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFEU⁸⁴:

⁷⁸ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, v.20, n. 4, p. 785–828, 2004, p. 791.

⁷⁹ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, v.20, n. 4, p. 785–828, 2004, p. 800.

⁸⁰ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, v.20, n. 4, p. 785–828, 2004, p. 802.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² “§10. Exemption. [...] (3) The Competition Commission may grant an exemption in terms of subsection (2)(a) only if [...] (b) the agreement or practice concerned, or category of agreements or practices concerned, contributes to any of the following objectives: (i) maintenance or promotion of exports [...]” ÁFRICA DO SUL. Competition Act, de 30 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://www.compcom.co.za/assets/Files/pocket-book-2005-R.pdf>> Acesso em: 18 set. 2013.

⁸³ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The economic impact of the U.S. Export Trading Company Act. Working Paper N° 1036. Ross School of Business. University of Michigan, 2006. p. 06.

⁸⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia., de 2008. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:pt:PDF>> Acesso em 5 set. 2013.

São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno [...]

Como se observa, com a constituição do mercado comum europeu, houve uma abrangência do conceito de mercado doméstico a ser protegido. Cartéis de exportação que restrinjam a concorrência entre países integrantes da União Europeia são proibidos. Todavia, cartéis que visem tão somente a exportação para fora da Europa de produtos dificilmente, se entende, restringiriam a concorrência no mercado comum.⁸⁵ O modelo europeu foi uma importante força para a proliferação do sistema de isenção implícito. Em vista da busca de convergência entre suas leis, diversos países europeus modificaram suas previsões legais quanto ao tema.⁸⁶

Um desses casos foi a Alemanha, que, em face das peculiaridades encontradas na evolução da questão no país, merece uma análise mais detida.⁸⁷ Desde a entrada em vigor do *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* - GWB, em 1958, a Alemanha permitia a concessão de isenção antitruste a cartéis de exportação tão somente após a sua notificação, ainda que a lei só se aplicasse a práticas que causassem efeitos no mercado doméstico do país. Todavia, tal sistema foi colocado abaixo em 1973, após a decisão da Suprema Corte Alemã no caso *Oil Field Pipes (Ölfeldrohre)*, especificamente no que toca aos chamados cartéis de exportação puros. Entendeu o tribunal que, por tais cartéis não gerarem efeitos no mercado alemão, eles escapavam ao escopo de tutela (*Schutzzweck*) da lei nacional.

A decisão demonstrou a incongruência dos sistemas jurídicos que se utilizam da teoria dos efeitos para a definição dos limites de sua jurisdição e, ao mesmo tempo, exigem o registro dos cartéis de exportação (puros) para que uma isenção efetivamente lhe seja concedida.⁸⁸

Para contornar o problema causado pelo julgamento, o GWB foi emendado em 1980, expressamente estendendo o alcance da lei para os casos de cartéis de exportação puros.⁸⁹ Mais que isso, a lei se mostrou inovadora: estabelecia ela que mesmo cartéis de exportação que só prejudicassem mercados estrangeiros poderiam ser proibidos, de forma a

⁸⁵ IMMENGA, Ulrich., *op. cit.*, p. 101.

⁸⁶ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, v.20, n. 4, p. 785-828, 2004, p. 806-807.

⁸⁷ Para a evolução do direito alemão até a década de 1980, ver HÖLZLER, Heinrich; BRAUN, David, *op. cit.*

⁸⁸ A incongruência pode ser resolvida quando se foca nos efeitos internos dos cartéis de exportação: em tais casos, é mera ficção a distinção entre cartéis de exportação puros e mistos.

⁸⁹ IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 99.

prestigiar e mesmo fomentar a abertura econômica internacional.⁹⁰ A adoção, no final da década de 1990, por um sistema de isenção implícito, representou, nessas condições, uma postura inovadora do país em relação ao tema.

Percurso semelhante ao alemão foi traçado pelo Japão. O país vem de uma longa tradição de encorajar a cooperação entre exportadores⁹¹. Até 1997, era permitido aos cartéis de exportação puros, após notificação – em até dez dias – ao ministro de comércio internacional e indústria, estabelecerem acordos referentes a preços, quantidades, qualidade e até mesmo *design* de seus produtos. O ministro poderia limitar a isenção se entendesse que o acordo: (a) violava acordos internacionais; (b) prejudicava o interesse de importadores ou das exportações japonesas; (c) continha regras discriminatórias injustificadas; (d) restringia, desproporcionalmente, a entrada de novos agentes ou a sua saída do cartel; ou (e) prejudicava injustamente os interesses das empresas japonesas ou dos consumidores. A partir da década de 1990 a autoridade da concorrência japonesa passou a mostrar posição mais rígida em relação aos cartéis de exportação, limitando a concessão de novas isenções e a revogação de isenções concedidas⁹². Tal política culminou, em 1997, no *Omnibus Act*, que acabou com a isenção explícita para cartéis de exportação.⁹³

Assim como nos Estados Unidos, observou-se em diversas outras jurisdições a aparente diminuição de cartéis de exportação. Na Austrália, por exemplo, enquanto em 1975 teriam sido deferidos 69 pedidos de isenção, o número caiu para apenas quatro em 2002. No Japão, as isenções existentes caíram de 180 em 1973, para apenas 2 em 1998, e zero em 1999, devido ao novo sistema implementado. A Alemanha apresenta números semelhantes: 227 em 1972 para 36 em 1999.⁹⁴

A falta de registro – e, se esse existe, da disponibilização de informações ao público – de cartéis de exportação na maior parte dos países dificulta uma visualização geral do tamanho do problema. A adoção por regimes de isenção implícita acaba por mascarar

⁹⁰ “The amendment leaves unchanged the cartel authority's power to intervene against export cartels that violate the principles of free world trade reflected in international treaties entered into by Germany. The 1980 amendment extends this basic idea to cases in which even in the absence of an international treaty the effects of an export cartel substantially impair the foreign trade and payments interests referred to above.” HÖLZLER, Heinrich; BRAUN, David, *op. cit.*, p. 969.

⁹¹ “[...]cartels in general, and export cartels in particular, used to be thought of in Japan as a “useful tool to eliminate excessive competition [...]” LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, v.20, n. 4, p. 785–828, 2004, p. 810.

⁹² Dados da OMC indicam que entre 1992 e 1995 17 cartéis de exportação japoneses foram abolidos. Os dados são de LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, v.20, n. 4, p. 785–828, 2004, p. 810.

⁹³ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, v.20, n. 4, p. 785–828, 2004, p. 811.

⁹⁴ Dados de LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, v.20, n. 4, p. 785–828, 2004, p. 793.

ainda mais a existência de um problema, pelo que os números apresentados devem ser vistos com cautela.

2 UM PROBLEMA?

2.1 Cartéis de Exportação: a realidade

2.1.1 A utilidade de isenções

A real utilização das isenções a cartéis de exportação pelas empresas americanas⁹⁵ demonstrou a inadequação dos meios escolhidos (proteção em relação às leis antitruste) para os fins visados (aumentar a competitividade americana, especialmente de suas pequenas empresas, e, consequentemente, aumentar as exportações do país).

A começar pelo Webb-Pomerene Act, observou-se, para surpresa de seus defensores⁹⁶, que os verdadeiros utilizadores da isenção eram grandes produtores, que detinham substancial participação de mercado, numa indústria concentrada, geralmente de produtos homogêneos.⁹⁷⁻⁹⁸ Ou seja, entidades que não necessitavam de auxílio algum para garantir sua inserção no mercado internacional, destoando sensivelmente do perfil originalmente pretendido.

Também se observou a incapacidade da lei em promover as exportações americanas. Pesquisas apontaram que as *Webb-associations* tiveram pouca representação no total de exportações do país e que pouco serviram para promover as exportações de seus associados – i.e. as exportação ocorridas, em grande medida, ocorreriam com ou sem associação.⁹⁹

O fato mais importante observado foi quanto à finalidade do uso de tais associações. A constituição de estruturas mais eficientes para exportação – obtidas pelo ganho

⁹⁵ A escolha de análise da política norte-americana se deve unicamente por ser o país em que existe a maior quantidade de estudos dedicados ao assunto.

⁹⁶ “*There should be an inverse relationship between domestic industry concentration and the likelihood that a Webb-Pomerene association will be formed. As concentration increases, the incentive to form an export association decreases for two related reasons. First, the positive benefits decline as concentration rises, since the Act was designed to benefit large numbers of small firms. Secondly, the negative sanctions remain constant regardless of concentration.*” LARSON, David. A. An economic analysis of the Webb-Pomere Act. *The Journal of Law and Economics*, v. 13, n.2, p. 461-500, 1970, p. 463.

⁹⁷ TREDENNICK JR, John Cook, *op. cit.*, p. 157-158. Cf. também SLOAN, Richard A., *op. cit.*, p. 37: “*Subsequent experience has shown that the typical firm taking advantage of the Act has been neither small nor weak. Furthermore, very few associations have been organized in such a manner so as to enable members to achieve marketing economies of scale. In 1965, 77 percent of the export sales made by member firms were made in industries in which the eight-firm concentration ratios exceeded 50 percent of domestic sales. Although the portion of total U.S. foreign trade involved has never been significant, associations have been formed and used largely for anticompetitive purposes abroad and, more seriously, at home. In light of this record, several commentators have recommended either changing or repealing the Act.*”

⁹⁸ Para maiores detalhes quanto ao perfil das *Webb-associations*, cf. LARSON, David. A., *op. cit.*

⁹⁹ “*In the first fifty years of the Act, associations accounted for an average of only 4.8% of all U.S. export earnings. From 1958 to 1962, only 2.4% of U.S. exports were routed through Webb groups. The 1978 FTC survey reveals that association-assisted exports in 1976 had decreased by one-third to 1.5% of total U.S. exports. Member firms admit that their exports have not increased significantly upon joining an association. A 1968 survey of 284 association firms revealed that membership had not increased the export activities of 64% of the members; 73% contended that they could have pursued an equally profitable sales program outside of the Webb-Pomerene exemption. It is thus evident that in most instances, the Webb-Pomerene Act is not an effective vehicle for the expansion of exports.*” TREDENNICK JR, John Cook, *op. cit.*, p. 173. Conforme DIAMOND, Sidney A., *op. cit.*, p. 817, apenas em 1929, 1930 e 1931 o peso das exportações das *Webb-associations* teria superado a casa dos 10%, sendo o máximo alcançado 19% na década de 1930. Cf. IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 124 e VICTOR, A. Paul, *op. cit.*, p. 573

de economias de escala¹⁰⁰ – foi utilizada por menos de 13% das associações existentes¹⁰¹. Os propósitos das demais associações impossibilitavam qualquer obtenção de eficiência, mesmo na concepção dos formuladores da lei.¹⁰² Na realidade, muitas dessas outras sequer precisariam de se submeter a isenção das leis antitruste.¹⁰³ A observação empírica colocou em xeque a adequação das isenções para se garantir um aumento de exportações, especialmente dos pequenos empresários.¹⁰⁴

Por tais razões, nenhuma surpresa em 1968 quando o próprio FTC – incentivador da isenção – reconheceu a inutilidade da lei¹⁰⁵. A surpresa mesmo veio com a repetição do remédio menos de 15 anos depois.

Da mesma forma que o *Webb-Pomerene Act*, o ETC também não foi capaz de estimular as exportações americanas. Na verdade, diz-se que o seu fracasso foi ainda maior.¹⁰⁶ A forma de sua utilização também não teria sido a prevista originalmente. Ao invés de garantirem acordos horizontais, supostamente permitindo a geração de eficiências, o ETC foi usado preponderantemente para fins de acordos verticais de representação no exterior.¹⁰⁷⁻¹⁰⁸

Diante de tais resultados, de se questionar porque continuar a garantir tais isenções. Ainda que seja controvertido a geração de efeitos negativos no exterior por tais cartéis de exportação, há de se reconhecer que tais isenções de pouco valeram para alcançar os objetivos propostos. Assim, de se cogitar que somente o suposto não prejuízo ao mercado

¹⁰⁰ A figura típica imaginada foi a associação de venda (*common sales agencies*)

¹⁰¹ Os dados são de LARSON, David, *op. cit.*, e referem-se ao período de 1958 a 1962.

¹⁰² Cf. IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 124.

¹⁰³ Cf. LARSON, David, *op. cit.*, p. 468.

¹⁰⁴ “While some manufacturers contend that the Act is too vague, and that fear of violating the Sherman Act deters the would-be small exporter, this has not stopped the more powerful firms from associating. A better explanation might be that other alternatives, including the use of Combination Export Managers and independent export brokers, provide many of the benefits offered by the Act without the inconveniences.” TREDENNICK JR, John Cook, *op. cit.*, p. 163

¹⁰⁵ “The circumstances of use are limited, involving for the most part large firms operating in concentrated industries and marketing standardized products. Experience indicates that it has served only infrequently as an instrument to reduce significantly the overhead cost of exporting. At the same time the major beneficiaries have rarely been firms that needed to co-operate to cope more effectively with the bargaining power of foreign buying cartels ... It would also appear that Webb-Pomerene Associations have not been particularly successful in contributing substantially to an increase in total exports of the United States.” FEDERAL TRADE COMMISSION, 1968, *apud* GRIBBIN, J.D., *op. cit.*, p. 348. Cf. também menção ao mesmo relatório do Federal Trade Commission em LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The economic impact of the U.S. Export Trading Company Act. Working Paper N° 1036. Ross School of Business. University of Michigan, 2006, p. 11: “The full expectations of the Webb Act’s proponents have not been realized over the half century since its passage. The hope that with antitrust exemption hundreds of associations would be formed to serve as joint selling agents for small firm exports remains but a vision. During the period 1918-65, a total of 176 associations were properly registered with the Federal Trade Commission; of these, only 130 ever functioned in a way to assist U.S. exports [...]”

¹⁰⁶ “The \$1 billion figure means that the ETC program accounts for an even smaller percentage of U.S. exports than the Webb-Pomerene program whose failure was part of the impetus for the ETC Act in the first place. This figure further fails to account for the certification of certain conduct previously covered by the Webb-Pomerene Act and for the exports which would have occurred regardless of any formal antitrust immunity.” WALLER, Spencer Weber. The failure of the export trading company program. *Norh Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 17, n.2, p. 239-276, 1992, p. 247.

¹⁰⁷ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The economic impact of the U.S. Export Trading Company Act. Working Paper N° 1036. Ross School of Business. University of Michigan, 2006, p. 14-15.

¹⁰⁸ Uma peculiaridade do ETC foi a preponderância de seu uso por pequenas e médias empresas. Cf. IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 125 e VICTOR, A. Paul, *op. cit.*, p. 575.

nacional, pelo que a medida seria vista como indolor, garantiu a sua existência ao longo do tempo.¹⁰⁹⁻¹¹⁰

2.1.2 Efeitos internos: revendo a política indolor

Uma fundamental premissa para a concessão de isenções a cartéis de exportação é a de que eles não implicam restrição ao bem-estar interno.¹¹¹ Normalmente, isso seria assegurado pela proibição de qualquer ato, pelo cartel, voltado para o mercado doméstico, que não aqueles estritamente exigidos para garantir as exportações¹¹².

Entretanto, a premissa parece não se materializar na realidade. Preocupações de diversas ordens questionam essa aparente “neutralidade” interna dos cartéis de exportação. Ainda que não necessariamente venham a se concretizar os possíveis efeitos nocivos, a sua simples potencialidade já implicaria uma reanálise acerca da conveniência em assegurar a isenção a tais acordos.

Inicialmente, entende-se que é ingênuo imaginar que empresas que colaboram entre si para atender o mercado externo não estenderiam essa cooperação ao mercado interno¹¹³⁻¹¹⁴. Para piorar, tendo em vista que se cria um fórum legítimo para os contatos entre

¹⁰⁹ “Most prior research on the impact of the antitrust exemptions offered to exporters by the U.S. government, including analyses of both the Webb-Pomerene Act and the Export Trading Company Act, has concluded that these exemptions had little impact on either competition or trade. Only a small number of exemptions have been issued, and, it is often argued, they have done little either to promote exports or impede competition in international markets. Several government reviews over the course of the twentieth century questioned the effectiveness of the WP Act. The first comprehensive review was undertaken in 1929, concluding, ‘While extravagant expectations of some erstwhile proponents have not been realized, the harmful consequences feared by its opponents have also failed to come true.’” LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The economic impact of the U.S. Export Trading Company Act. Working Paper N° 1036. Ross School of Business. University of Michigan, 2006, p.11

¹¹⁰ “A commentator described the attitude of Congress toward the ETC Act as follows: they seem to see it as something close to feeding chicken soup to a person suffering from a cold: It can't hurt, might help, and won't cost much.” WALLER, Spencer Weber. The failure of the export trading company program. *Norh Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 17, n.2, p. 239-276, 1992, p. 259.

¹¹¹ Exceção feita aos países que permitem os chamados cartéis de exportação mistos.

¹¹² Conforme decidido em *United States vs Minnesota Mining & Manufacturing Co.*, especialmente nos casos em que cartéis de exportação são personificados em associações ou outros tipos de pessoas jurídicas, certas restrições ao mercado doméstico são inerentes ao escopo da isenção, e portanto seriam tolerados. “In *United States v. Minnesota Mining & Manufacturing Co.*, the Justice Department claimed that the participants exceeded the exemption for pure export trade associations. The Court held that the following restrictions were inherent in any export association and exempted, absent special circumstances: exclusive exporting arrangements for the members, the refusal of the association to handle exports of non-members, fixing of resale prices of foreign distributors or sales quotas, and price-fixing agreements.” p. IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, 98. Cf. também TREDENNICK JR, John Cook, *op. cit.*, p. 175.

¹¹³ “When the Webb-Pomerene Act permits combination for the limited purpose of export trade, it is too much to expect of a human being that the domestic situation will be omitted from his discussions with his partners in a Webb Law association. In fact, conditions in the United States market are an obviously relevant part of the considerations leading to any decision with regard to exports. The Webb-Pomerene Act attempts to force the participants to play the same game with two sets of rules.” DIAMOND, Sidney A., *op. cit.*, p. 827. Cf. também VICTOR, A. Paul, *op. cit.*, p. 577: “Once competitors are allowed to join for overtly anticompetitive purposes in foreign markets, it is not surprising to find that the attractions of covert collaboration are too great to resist at home.”

¹¹⁴ Preocupações referentes a cartéis de exportação, do ponto de vista interno, se aproximam das apresentadas em relação a associações ou sindicatos de indústrias. A respeito de tais preocupações, cf. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Trade associations*. Policy Roundtables. Paris, 2007, p. 29 “Participation in trade and professional associations’ activities provide ample opportunities for companies in the same line of business to meet regularly and to discuss business matters of common interest. Such meetings and discussions, even if meant to pursue legitimate association objectives, bring together direct competitors and provide them with regular opportunities for exchanges of views on the market, which could easily spill over into illegal coordination. Casual discussions of prices, quantities, future business strategies can lead to agreements or informal understandings in clear violation of antitrust rules. It is for this reason that trade associations and their activities are still subject to close scrutiny by competition authorities around the world.”

concorrentes, dentro do escopo do cartel de exportação, cria-se uma barreira a mais para a detecção do ilícito interno.¹¹⁵

Ainda que os envolvidos não alcancem um acordo expresse quanto a seu comportamento no mercado interno, a troca de informações entre concorrentes já suscitaria preocupações. Quando membros de um cartel de exportação se reúnem para decidir questões de seus negócios, outros aspectos de suas atividades individuais, como capacidade produtiva, política de preços e capacidade de fornecimento, serão necessariamente trocados.¹¹⁶ O compartilhamento de informações relacionadas a custos de operação e outras variáveis concorrencialmente relevantes pode resultar em deliberado comportamento paralelo.¹¹⁷⁻¹¹⁸⁻¹¹⁹

A premissa parte ainda de uma falaciosa compartimentação dos mercados doméstico e externo, como se um não dependesse do outro. Decisões por um cartel de exportação quanto à alocação de maior produção para atender o mercado externo poderá implicar menor oferta interna do produto. Consequentemente, seriam esperados aumentos de preços no mercado doméstico.¹²⁰⁻¹²¹ A não ser que não exista um mercado consumidor doméstico do produto exportado, decisões relacionadas à exportação repercutirão no país de origem.¹²²⁻¹²³

¹¹⁵ “One problem inherent in the Webb-Pomerene Act is that it enables exporters to collude on domestic pricing, yet it increases the difficulty of proving collusion. The Act serves as a smokescreen for meetings of major producers which otherwise would be suspect and targets for investigation.” TREDENNICK JR, John Cook, *op. cit.*, p. 175.

¹¹⁶ DIAMOND, Sidney A., *op. cit.*, p. 828.

¹¹⁷ “The internationalization of the economy suggests that U.S. export cartels with the ability to restrict production and price in export markets eventually will adversely affect the U.S. economy as well. U.S. consumers are the biggest losers, if the facilitation of traditional domestic cartels through information exchanges among producers of homogenous goods is factored into the equation.” WALLER, Spencer Weber. The ambivalence of United States antitrust policy toward single country export cartels. *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 10, p. 98-113, 1989, p. 112.

¹¹⁸ “The efforts required to achieve a common export policy, including the exchange of information on prices, costs, production capacities, and sales policy, may be expected to influence the domestic conduct of cartel members.” TREDENNICK JR, John Cook, *op. cit.*, p. 174. No mesmo sentido, IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 125: “Comparable to side effects of joint ventures, the exchange of information on prices, costs, capacities and sales policies may influence the domestic competitive conduct of the cartel members and lead to conscious parallelism.”

¹¹⁹ A respeito, cf. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*. Policy Roundtables. Paris, 2010, p. 21 “Information exchanges among firms increase transparency in the market to the benefit of consumers, for example, by reducing search costs and helping consumers to choose products more effectively. But transparency might have the opposite effect. In some situations, such as in sufficiently concentrated markets, transparency can harm consumers if it enables firms to tacitly collude to increase prices, share or allocate markets or if it makes it easier for co-operating firms to detect and therefore punish deviating firms. Such negative impact is likely in markets already prone to anti-competitive coordination because of their structural characteristics.”

¹²⁰ “[...] [export cartels] entail dangers for domestic competition, because every export cartel whose members command a substantive overall share of that market can influence domestic supplies and prices through their export decisions.” BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 119

¹²¹ “Moreover, setting prices and supply levels in the world market certainly will have an impact on domestic prices. For example, a decision to channel a significant portion of an industry’s production into foreign markets requires a cutback in domestic supplies, which correspondingly raises domestic prices.” TREDENNICK JR, John Cook, *op. cit.*, p. 174. Cf. ainda DIAMOND, Sidney A., *op. cit.*, p. 827.

¹²² Cf. BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 119-120.

¹²³ Um exemplo pode ser encontrado no caso do cartel de exportação de potássio. O cartel canadense estava proibido de realizar vendas conjuntas para os Estados Unidos, pelo que este, de certo modo, assemelhar-se-ia ao mercado doméstico do cartel. Não obstante, verificou-se que os preços cobrados pelos agentes “independentes” eram influenciados pelos preços do cartel de exportação. “Thus, it seems highly likely that the prices set by the Canadian export cartel, which is in principle directly applicable to all Canadian exports other than exports to the United States, also influence the price set individually by members of Canpotex when they export to the United States and the Canadian Board report confirms that the cartel policy was responsible for the increase of world prices to a high level in 2008-2009 and the maintenance of these high prices in late 2008-early 2009, forcing farmers to cut back on their use of potash.” JENNY, Frédéric, *op. cit.*, p. 119.

Tendo em vista a relação entre a produção interna e o abastecimento do mercado externo, há de se reconhecer outras externalidades. Especialmente nos casos de cartéis de exportação que detêm poder de mercado, estes, na busca de maiores lucros, podem reduzir sua produção na busca de melhores preços, o que teria um efeito prejudicial à taxa de emprego do país.¹²⁴⁻¹²⁵

Essas preocupações nunca foram novidade. Já na época da tramitação do *Webb-Pomerene Act*, em 1918, alguns alertas haviam sido feitos. Conforme narra Sidney Diamond:

Os argumentos contrários à lei, a despeito das salvaguardas, são exemplificados pelas declarações de seus principais críticos no Senado e na Câmara dos Deputados. O Senador Cummins insistiu que: 'é completamente impossível dissociar a atividade de uma associação organizada para exportar com a indústria dos Estados Unidos.' O Deputado Volstead atacou em outro nível: 'Será praticamente impossível provar uma violação com base nos termos usados, e não se pode esperar que tribunais punirão os efeitos naturais de combinações expressamente autorizadas ou o efeito natural de eliminação da concorrência no exterior.'¹²⁶

Com efeito, não ficou apenas no plano das especulações os efeitos internos dos cartéis de exportação. Análises de cartéis de exportação, sobretudo das *Webb-associations* norte-americanas, apontaram para situações de arrefecimento na concorrência interna dos cartelistas. Conforme aponta Richard Sloan:

[...] em todos os casos durante o período ativo das associações [Webb-Pomerene] houve quase que uma completa uniformização de preços (via liderança de preços) e estabilidade de participações de mercado internamente e no exterior, e que nos intervalos de não atividade da associação, competição em preços e volume de vendas subiram. Em todos os casos, a associação foi reestruturada aparentemente com o propósito de estabilizar preços e participações de mercado nos mercados doméstico e de exportação.¹²⁷

David Larson, em sua análise econômica do *Webb-Pomerene Act*, é categórico quanto ao mau uso da lei. Sua preponderante utilização em mercados oligopolizados teria

¹²⁴ "An export cartel which raises prices by decreasing production will necessarily have a detrimental impact on the U.S. unemployment rate. To the extent that exporters reduce supply to increase market prices, the burden of their increased revenues is borne by domestic labor through reduced employment. The resulting costs associated with an increase in unemployment would partially offset the benefits of increased export revenues." TREDENNICK JR, John Cook, *op. cit.*, p. 174. Cf. também IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 126.

¹²⁵ Por outro lado, cartéis de exportação que efetivamente aumentassem as exportações – o que, como se viu, não foi muito comum – poderiam gerar empregos, considerando que o aumento de exportações não tenha sido obtido apenas a partir da realocação do fornecimento interno.

¹²⁶ Tradução livre de: "The arguments made against the bill, despite this ring of safeguards, are exemplified by statements of its principal critics on the floor of the Senate and House. Senator Cummins insisted that: 'it is utterly impossible to disassociate the activity of an association organized for export trade and the industries carried on for consumption within the United States.' Representative Volstead attacked at another level: 'It will be practically impossible to prove a violation under language such as that, and courts cannot be expected to punish the natural effect of the combination expressly authorized or the natural effect of the elimination of competition in the foreign market.'" DIAMOND, Sidney A., *op. cit.*, p. 808.

¹²⁷ Tradução livre de: "in every case during the active periods of the association there had been almost complete price uniformity (via price leadership) and stability in market share at home and abroad, and that during a hiatus in association activity, price competition and the volume of sales increased. In each case, the association was resurrected seemingly in order to restore price and market share stability in both domestic and export markets." SLOAN, Richard A., *op. cit.*, p. 38.

concretamente prejudicado a concorrência no mercado interno americano. Mais do que não alcançar seus fins quanto ao aumento de exportações, a lei teria servido como instrumento para legalizar práticas anticompetitivas, não só às custas do estrangeiro, mas também às custas do cidadão nacional.¹²⁸

2.1.3 Efeitos externos: o mercantilismo moderno

Até o momento, focou-se sobretudo a perspectiva interna dos países que mantêm cartéis de exportação: suas razões, seus objetivos e os efeitos lá gerados. Agora, inicia-se a perspectiva externa de tais acordos, i.e., o ponto de vista dos países que importam produtos de tais cartéis.

Do que já foi exposto anteriormente, percebe-se que a criação das isenções a cartéis de exportação esteve especialmente ligada à busca de geração de eficiências: aumentar-se-ia a eficiência dos agentes já existentes ou se criaria um novo *player* no mercado internacional, acirrando-se, seja como for, a concorrência nos mercados importadores. Por um lado, a premissa de tal objetivo associa-se ao uso dos cartéis de exportação pelos pequenos e médios empresários: a divisão de despesas e de riscos, bem como a geração de economias de escalas viabilizaria a atividade internacional de muitos produtores que, por conta própria, jamais atingiriam esse objetivo.¹²⁹

Por outro lado, sempre existiu outra razão, nem sempre verbalizadas dada sua clara conotação chauvinista: um aumento de receitas às custas dos países importadores. Como bem sintetizado por Immenga: “O que é bom para a General Motors é bom para o país, quando vendedores são nacionais e compradores estrangeiros.”¹³⁰ Esse outro viés dos cartéis de exportação adaptava-se a outro perfil de empresas que o anterior: empresas grandes, em mercados concentrados, as quais, fortalecidas ainda mais pelo cartel, exerceriam seu poder de mercado no exterior. Conforme declaração, à época da aprovação do *Webb-Pomere Act*, do

¹²⁸ “The analysis of sulphur, potash and phosphate indicates that effective associations tend to involve anticompetitive domestic effects. We would not expect otherwise given the characteristics of actual users. As Lindahl and Carter have pointed out, it is naive to expect association members to ignore the domestic market while they freely discuss prices and quotas for exports. The domestic market is almost always the more important market. We are left with the conclusion that the creation of an export association provides an excellent chance for large oligopolists to peacefully coexist, both at home and abroad. The existence of the association in exports provides the vehicle for controlling the domestic market. Without the association, informal agreements must suffice if competition is to be eschewed. However, tacit agreements presume a minimum amount of loyalty by the participants. This loyalty is often absent. Webb-Pomerene association meetings provide an opportunity for suspicions to be allayed. If a firm is found to be cheating, he can be faced with the combined hostility of the group. Formal agreements also reduce uncertainty and therefore lessen the tendency to cheat.” LARSON, David. A., *op. cit.*, p. 497

¹²⁹ MIURA, Maira Yuriko Rocha, *op. cit.*, p. 76

¹³⁰ Tradução livre de: “What’s good for General Motors is good for the country when sellers are domestic and buyers are foreign.” IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 122.

Deputado Charles Carlin, verbalizando essa perspectiva, percebe-se a perversidade do sistema:

Falando francamente, eu, particularmente, não tenho nenhuma simpatia com o que os estrangeiros pagam pelos nossos produtos; eu gostaria de ver os produtores americanos conseguirem os maiores preços possíveis.¹³¹

Esses acordos permitem a redução da oferta, aumento de preços, diminuição em incentivos para inovação, prejudicando seriamente países importadores. De forma geral, cartéis de exportação que conseguem gerar tais efeitos envolvem grandes *players* em indústrias concentradas. Isto é, justamente o oposto do perfil inicialmente – ou explicitamente – visado. Dadas tais características, cartéis de exportação e cartéis clássicos (*hardcore*), dos quais se falará logo adiante, acabam por se aproximar e até mesmo a se confundir, ao menos no que se refere a seus efeitos.

Países menos desenvolvidos se mostram especialmente afetados por esses acordos¹³², prejudicando até mesmo seu desenvolvimento. Primeiramente, o aumento de preços gerado por esses cartéis – derivados de fixação de preços, divisão de mercado, ou outras práticas anticompetitivas – implica uma maior transferência de renda dos países em desenvolvimento (importadores) para os desenvolvidos (exportadores), expropriando-os de seus escassos recursos que, de outra forma, poderiam ser investidos em políticas sociais ou mesmo desenvolvimentistas. Aponta-se, ainda, que tais cartéis de exportação podem significar um ônus a mais para a competitividade internacional dos países importadores: suas indústrias exportadoras podem se ver em situação desfavorável em relação à indústria de outros países que não pagam preços cartelizados.¹³³

Um exemplo desses prejuízos (inclusive quantificados) pode ser observado no caso, citado anteriormente, do cartel do potássio.¹³⁴ O minério, altamente concentrado em poucos países, era exportado até 2013, por dois cartéis de exportação – os quais, suspeita-se, se coordenariam, pelo que, na realidade, formariam um único cartel¹³⁵ –, a Canpotex, no Canadá, e a Belarusian Potash Company - BPC, da qual participava a russa Uralkalis e

¹³¹ Tradução livre de: “I am frank to say that personally I have no sympathy with what a foreigner pays for our products; I would like to see the American manufacturers get the largest price possible.” *Apud* TREDENNICK JR, John Cook, *op. cit.*, p. 156.

¹³² Não por outra razão, se mostram os principais críticos das isenções antitruste – pelo menos em relação às concedidas pelos países desenvolvidos – em fóruns internacionais. A respeito, vide manifestações da Índia e da Tailândia na reunião de 26 e 27 de maio de 2003 do WGTC. WORLD TRADE ORGANIZATION. Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy. *Report on the meeting of 26-27 may 2003*. Note by the secretariat, 2003. O relatório *Global Economics Prospects 2003* do Banco Mundial também apontava os prejuízos causados pelos cartéis de exportação em economias em desenvolvimento. WORLD BANK. *Global Economics Prospects 2003*. Disponível em: <<http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSPContentServer/WDSP/IB/2004/02/05/00026513200040205152440/Rendered/PDF/overeng03.pdf>> Acesso em: 15 out. 2013.

¹³³ Cf. para maiores informações sobre os prejuízos aos países em desenvolvimento TREDENNICK JR, John Cook, *op. cit.*, p. 177-180.

¹³⁴ Cf. JENNY, Frédéric, *op. cit.*

¹³⁵ JENNY, Frédéric, *op. cit.*, p. 112.

bielorrussa Belaruskali. Potássio é um insumo essencial para a produção de fertilizantes, pelo que seu consumo está associado à produção agrícola. O Brasil se mostra como um dos maiores consumidores do produto, sendo que 90% do seu consumo é importado.¹³⁶

Em 2010, uma oferta de aquisição hostil da BHP Billiton pelo controle da principal empresa canadense gerou certas preocupações para o governo canadense. Declarações feitas pelo ofertante¹³⁷ ameaçaram o “equilíbrio” então existente – especialmente a forte limitação de oferta. Em estudo do *The Conference Board of Canada*, encomendado pelo governo canadense, analisou-se o impacto no mercado caso a aquisição fosse bem sucedida¹³⁸. O quadro abaixo¹³⁹ retrata as perspectivas em relação a preço em dois cenários:

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2020
Base scenario								
Price (\$CAN/K ₂ O/ tonne)	825.6	531.7	574.3	591.0	601.2	611.2	611.2	734.0
Production (millions of KCl tonnes)	7.0	11.8	16.6	18.2	19.9	21.4	22.2	25.6
Full production scenario								
Price (\$CAN/K ₂ O /tonne)	825.6	531.7	574.3	356.7	245.0	225.7	217.5	488.2
Production (millions of KCl tonnes)	7.0	11.8	16.6	20.5	24.4	26.8	28.0	31.8

O primeiro (*base scenario*) retrata uma situação em que se mantém o *status-quo*, enquanto o segundo (*full production scenario*) retrata a situação em que a empresa objeto da aquisição saísse do cartel e quebrasse a “disciplina do mercado”¹⁴⁰.

Conforme se pode ver, os preços, em 2020, estariam, numa situação de cartel, 50% acima dos preços em situação de concorrência. A oferta, por sua vez, seria 20% menor. Frédéric Jenny estimou o impacto dessa distorção de preços, entre 2011 e 2020, na China,

¹³⁶ JENNY, Frédéric, *op. cit.*, p.109.

¹³⁷ “BHP’s \$38.6 billion bid for Potash Corp., the biggest member of Canpotex, has reignited the debate over potash sales. The company says that although it will honor existing Canpotex contracts if its bid is successful, it eventually hopes to sell through its own international channels. Nor does BHP want to cut supply when demand weakens. ‘We believe in running our assets 100% of the time and selling our products at market price’ said Graham Kerr, BHP’s Canada chief.” THE WALL STREET JOURNAL. *BHP roils potash cartel*. Disponível em: <<http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704125604575449640415573142.html>> Acesso em: 11 set. 2013.

¹³⁸ THE CONFERENCE BOARD OF CANADA. *Saskatchewan in the Spotlight: Acquisition of Potash Corporation of Saskatchewan Inc. Risks and Opportunities*, 2010. Disponível em: <<http://www.gov.sk.ca/adx/adxGetMedia.aspx?mediaId=1245&PN=Shared>> Acesso em 18 set. 2013.

¹³⁹ As informações do quadro foram retiradas do relatório do The Conference Board of Canada, mencionado acima, e compilados por JENNY, Frédéric, *op. cit.*, p. 115, de onde foi extraído.

¹⁴⁰ “The base scenario considers what would occur if the market discipline that potash producers have displayed in recent years continues. It assumes that producers hold back some of their potential production to prevent prices from falling and reducing the return on their capital. The alternative scenario, called the ‘full production scenario’, considers what might occur if a potential acquirer of PCS would leave Canpotex and if market discipline broke down and instead of choosing to maximize market share. The key assumption in this scenario is that if a major producer like PCS breaks ranks with the other producers and maximizes production, all other market participants will follow suit given the homogeneity of potash.” JENNY, Frédéric, *op. cit.*, p. 114.

maior consumidora de potássio do mundo, e na Índia. O autor chega ao valor de USD\$ 901.000.000,00 (novecentos e um milhões de dólares) de prejuízo à China, por ano, causados pelo sobrepreço, e a USD\$ 1.171.000.000,00 (um bilhão e cento e setenta e um milhões de dólares) à Índia.¹⁴¹

Ainda que não se tenha realizado pesquisa específica para o Brasil, considerando que o país é o segundo maior consumidor de potássio do mundo – atrás apenas da China¹⁴² – e que importa mais do produto do que a China e a Índia¹⁴³, é de se esperar que o impacto seria ainda maior.

O anúncio da Uralkalis¹⁴⁴, em 2013, de sua saída da BPC, gerou novas perspectivas na indústria, sendo esperado um aumento de produção e queda de preços, que podem alcançar até 25%¹⁴⁵. O número demonstra bem o impacto do cartel à economia mundial, e, tendo em vista o setor em que ocorre, o especial prejuízo causado aos países em desenvolvimento.

Conforme se vê, cartéis de exportação – sob o ponto de vista de seus efeitos externos – funcionam como uma faca de dois gumes: por um lado, podem possibilitar a entrada de um novo agente no mercado, promovendo um aumento de competição na indústria; por outro, permitem e facilitam o abuso de poder econômico pelos cartelistas, reduzindo o bem-estar dos países importadores.¹⁴⁶ Tendo em vista que as isenções não preveem análises acerca de que tipos de efeitos cada cartel irá causar – por não se avaliar o tamanho dos *players* nem a estrutura da indústria em que eles se inserem –, tais efeitos acabam sempre andando juntos. Ou seja, a forma como atualmente se concebe tais isenções torna impossível dissociar uma situação da outra.¹⁴⁷

¹⁴¹ JENNY, Frédéric, *op. cit.*, p. 115-116.

¹⁴² THE CONFERENCE BOARD OF CANADA, *op. cit.*, p. 9.

¹⁴³ THE CONFERENCE BOARD OF CANADA, *op. cit.*, p. 13.

¹⁴⁴ Disponível em: <http://www.uralkali.com/press_center/company_news/item300713/> Acesso em: 18 set. 2013.

¹⁴⁵ IRWIN, William. Uralkali's BPC potash announcement: What's the real impact? *Potash Investing News*, 30 de julho de 2013. Disponível em: <<http://potashinvestingnews.com/8472-uralkalis-bpc-potash-announcement-whats-the-real-impact.html>> Acesso em: 17 set. 2013.

¹⁴⁶ “For the importing country, foreign export cartels may be beneficial if they are formed by small and medium-sized firms which are thereby enabled to export. Export cooperation may also lead to higher quality and lower prices by reduced export costs. On the other hand, export cartels may maintain or create barriers to trade by forcing customers to pay high, noncompetitive prices or by limiting the quantity of imports. In these ways, their effects are similar to import cartels or domestic cartels.” IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 126. Cf. VICTOR, A. Paul, *op. cit.*, p. 571.

¹⁴⁷ Considerando que cartéis de exportação com poder de mercado no cenário internacional também deverão o ter no mercado doméstico, a sua constituição pode gerar fortes preocupações internamente, pelas razões já tratadas no item anterior. Assim, seria possível cogitar que a análise dos efeitos domésticos já poderia inibir a constituição de cartéis de exportação prejudiciais ao mercado externo. Todavia, a história tem demonstrado a convivência dos países em relação a seus cartéis de exportação. Quando muito, seria plausível tão somente a aplicação de um remédio comportamental que garantisse a não ocorrência de efeitos no mercado doméstico.

2.2 Cartéis de exportação: enfrentando o problema

2.2.1 Cartéis *hardcore*

Cartéis *hardcore*, ou cartéis clássicos, são acordos anticompetitivos entre concorrentes para fixar preços, limitar a oferta ou dividir mercados.¹⁴⁸ No Brasil, a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE tem definido os cartéis clássicos nos seguintes termos:

[O cartel clássico] é definido como acordos secretos entre competidores, com alguma forma de institucionalidade, com objetivo de fixar preços e condições de venda, dividir consumidores, definir nível de produção ou impedir a entrada de novas empresas no mercado. Este tipo de cartel opera através de um mecanismo de coordenação institucionalizado, podendo ser reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento etc. Isto é, sua ação não decorre de uma situação eventual de coordenação, mas da construção de mecanismos permanentes para alcançar seus objetivos.¹⁴⁹

Cartelistas conseguem extrair maiores vantagens econômicas, assim como uma simples empresa monopolista conseguiria¹⁵⁰, dado que tais acordos permitem às empresas exercitarem poder de mercado que, de forma individual, não teriam.¹⁵¹ Por tal razão, os prejuízos causados por cartéis relacionam-se aos de monopólios: (i) ineficiências alocativas¹⁵²⁻¹⁵³; (ii) transferência (indevida) de renda dos consumidores para os agentes econômicos¹⁵⁴; e (iii) falta de inovação nos mercados (ineficiência dinâmica).

Justamente pelos seus efeitos líquidos negativos¹⁵⁵ e por distorcerem o que há de mais basilar na defesa da concorrência¹⁵⁶, tem havido uma forte mobilização internacional

¹⁴⁸ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Hard Core Cartels*. Reports. Paris, 2000, p. 6

¹⁴⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo Nº 08012.002127/2002-14. Relator Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Julgado em 13 jul. 2005.

¹⁵⁰ HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy*. The Law of Competition and Its Practice. 3ª ed. Thomson West, 2005, p. 146. Cf. também MOTTA, Massimo. *Competition Policy*. 12ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009, p. 138: “A slightly different definition would label collusion as a situation where firms set prices which are close enough to monopoly prices.”

¹⁵¹ MOTTA, Massimo, *op. cit.*, p. 137

¹⁵² “A eficiência alocativa relaciona-se com a distribuição dos recursos na sociedade [...] Para os neoclássicos, verificar se existe eficiência alocativa é simplesmente determinar se os recursos estão empregados naquelas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam.” SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. As estruturas. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. “The result will be that output is lower than would be attained under perfect competition and that therefore consumers will be deprived of goods and services that they would have been prepared to pay for at the competitive Market price. There is therefore allocative inefficiency in this situation: society’s resources are not distributed in the most efficient way possible.” WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011, p. 06.

¹⁵³ A essa ineficiência relaciona-se o problema do peso morto do monopólio (*deadweight loss*), que representa a parcela de consumidores que adquiririam o bem a preço competitivo, mas o deixa de fazer ao preço de monopólio. “Do ponto de vista prático, todos os consumidores que estiverem dispostos a pagar acima do custo marginal do produto pela sua obtenção, porém possuam preços de reserva abaixo do preço monopolístico, não serão atendidos. O não atendimento a esses consumidores, ou a perda da utilidade atribuída por eles ao bem, representa um resultado socialmente ineficiente, pois esse valor não é apropriado pelo monopolista, mas simplesmente destruído. A escassez artificial criada pelo monopolista gera uma perda de utilidade que não é compensada de qualquer outra forma e, por isso, diminui a riqueza da sociedade como um todo.” GICO JUNIOR, Ivo Teixeira, *op. cit.*, p. 80

¹⁵⁴ “These recently exposed cartels have affected over US\$10 billion in US commerce, which implies overcharges by these particular cartels of US\$ one billion in the United States alone, and total global overcharges by these particular cartels in the billions of dollars.” ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Hard Core Cartels*. Reports. Paris, 2000, p. 12.

¹⁵⁵ Isto é, ainda que, teoricamente, pudessem gerar algum tipo de benefício, estes jamais superariam os prejuízos causados. O tema será tratado em maior profundidade quando se discutir standards de julgamento para os ilícitos antitruste.

para o combate dos cartéis *hardcore*, especialmente fomentada pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE. Nesse sentido, em 1998 a organização lançou a *Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*¹⁵⁷, clamando para que os países adotassem efetivas práticas de repressão a esse ilícito que, conforme apontado nas Recomendações, seria o mais notório das violações à concorrência.¹⁵⁸⁻¹⁵⁹ No Brasil, em outubro de 2009, foi lançada a Estratégia Nacional de Combate a Cartéis, incitando maior articulação entre as autoridades, não só administrativas, mas também criminais, para a repressão da prática.

Dadas suas características, não poucos se questionaram acerca da identificação de cartéis de exportação como modalidade de cartel clássico.¹⁶⁰⁻¹⁶¹ Trata-se de questão polêmica, sobretudo pelas consequências que dela decorreriam: em última instância, uma proibição geral dos cartéis de exportação.

Apresenta-se, usualmente, algumas especificidades dos cartéis de exportação para diferenciá-lo dos cartéis clássicos. Alguns pontos levantados são meramente formais, não auxiliando a esclarecer a distinção. Nesse sentido, alega-se que a falta de segredo¹⁶² ou a própria adoção de estruturas legais¹⁶³ (criação de pessoas jurídicas, tais como associações) seriam elementos que corroborariam a licitude da prática. Trata-se de uma falácia, em que se

¹⁵⁶ WHISH, Richard; BAILEY, David, *op. cit.*, p. 513

¹⁵⁷ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, 25 de março de 1998. Disponível em: < <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193&InstrumentPID=189&Lang=en&Book=False>> Acesso em: 18 set. 2013.

¹⁵⁸ “CONSIDERING that hard core cartels are the most egregious violations of competition law and that they injure consumers in many countries by raising prices and restricting supply, thus making goods and services completely unavailable to some purchasers and unnecessarily expensive for others;” ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, 25 de março de 1998. Disponível em: < <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193&InstrumentPID=189&Lang=en&Book=False>> Acesso em: 18 set. 2013.

¹⁵⁹ A respeito, cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes in POSSAS, Mário L. (org). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 97-135, p.119-120: “Cartéis hard-core são os vilões por excelência do direito da concorrência. Eles são considerados não apenas por toda parte como ilícitos antitruste, mas em vários ordenamentos, também como criminosos.”

¹⁶⁰ “It is not surprising therefore, that on the eve of the Cancun Ministerial, some forty developing countries sought clarifications on, inter alia, whether the definition of hard-core cartels would cover export cartels. As the conference ended in failure, the issue remained unresolved.” BHATTACHARJEA, Aditya, *op. cit.*, p. 07.

¹⁶¹ “Like all cartels, export cartels have other typical negative effects such as the delay of technical progress and increasing costs for consumers.” BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 117.

¹⁶² “Because of their lack of secrecy, reported and even more so explicitly exempted export cartel exemptions supposedly do ‘not bear’ the hallmarks of what was traditionally considered to be a hardcore cartel.” BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 113. Cf. também LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, v.20, n. 4, p. 785-828, 2004, p. 799 apontando a utilização do argumento pelos Estados Unidos, e KOCH, F.E. Cartels as instruments of international economic organization: public and private legal aspects of international cartels. *The Modern Law Review*, v. 8, n.3, p. 130-148, 1945, p.3

¹⁶³ “In any case, labeling an arrangement a ‘joint venture’ will not protect what is merely a device to raise price or restrict output; the nature of the conduct, not its designation, is determinative.” ESTADOS UNIDOS. Department of Justice e Federal Trade Commission. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 2000, p. 9. A institucionalização de cartéis de exportação pela criação e utilização de associações ou outras pessoas jurídicas, a bem da verdade, se mostra como um elemento que agrava ainda mais o potencial lesivo de tais cartéis. Justamente por não serem considerados ilícitos nos países de origem, podem os agentes econômicos se valerem da força do direito doméstico para inibirem práticas desviantes – importante elemento de instabilidade nos cartéis clássicos. A respeito, cf. TREDENNICK JR, John Cook, *op. cit.*, p. 170: “It is clear that a Webb association can legally bind its members to a cartel agreement. Congress has legalized these associations and the courts must enforce them. This will counteract the effects of the cartel’s reduction of supply and drive the prices back to competitive equilibrium.” Quanto à licitude das estruturas no país de origem dos cartéis de exportação e as consequências disso no país de destino, vide Capítulo 3.

confunde a substância do problema dos cartéis pela sua forma¹⁶⁴. Tais argumentos atentariam contra um “princípio que sempre foi basilar para o Direito Antitruste: o de que a realidade não pode ser eclipsada, disfarçada ou distorcida pela formas jurídicas.”¹⁶⁵

Defesas mais complexas da distinção entre os dois cartéis buscam enfatizar a essência de cada um. Primeiramente, aponta-se a intenção por trás dos agentes envolvidos para a realização da prática: em cartéis clássicos os agentes econômicos se uniriam com a única intenção de distorcerem a concorrência e auferirem vantagens para si; já nos cartéis de exportação, as empresas se uniriam para superar obstáculos existentes para melhor se inserirem no mercado internacional. Enquanto no primeiro a intenção seria claramente anticompetitiva, no segundo não. Ademais, aponta-se a possibilidade de se gerar eficiências em um cartel de exportação (maior competitividade das empresas, criação de um novo competidor) como elemento fundamental para distingui-lo dos cartéis clássicos, dos quais doutrina e jurisprudência são uníssonos em indicar a impossibilidade de efeitos líquidos positivos. Na realidade, os dois argumentos se relacionam, sendo o primeiro uma derivação do segundo: se cartéis de exportação não pudessem gerar eficiências, jamais poderiam ser criados para outros fins que não anticompetitivos.

2.2.2 Cooperação entre concorrentes

Acordos entre concorrentes, de forma geral, são vistos de maneira mais cautelosa pelas autoridades antitruste, uma vez que atentariam contra o que, conforme Whish e Bailey¹⁶⁶, há de mais básico numa política de proteção de defesa da concorrência: que competidores devem competir, e não cooperar entre si. Todavia, não é toda e qualquer forma de cooperação que se mostra prejudicial para a concorrência. Objetivos como o ganho de escala, redução de custos de transação e de informação e eliminação do efeito carona (*free rider*) podem gerar eficiências, e, portanto, verificadas certas circunstâncias, devem ser tolerados.¹⁶⁷ Tal característica é ressaltada logo no preâmbulo do Guia norte-americano de colaboração entre concorrentes:

De forma a competir nos mercados modernos, concorrentes, algumas vezes, precisam colaborar. Forças competitivas direcionam as empresas a formas

¹⁶⁴ BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 113.

¹⁶⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo Nº 08012.009834/2006-57. Voto-Vista Conselheira Ana Frazão. Julgado em 13 mar. 2013.

¹⁶⁶ “The mysteries of some aspects of competition policy should never be allowed to obscure the most simple fact of all: that competitors are meant to compete with one another to distort the process of competition.” WHISH, Richard; BAILEY, David, *op. cit.*, p. 513

¹⁶⁷ HOVENKAMP, Herbert, *op. cit.*, p. 194

complexas de colaboração de forma a alcançar objetivos como a expansão a mercados estrangeiros, financiar esforços de inovação e reduzir custos de produção e outros custos. Tal colaboração normalmente não são apenas benignas, mas também pró-competitivas.¹⁶⁸

Cabe à política de defesa da concorrência estabelecer a distinção entre acordos prejudiciais daqueles que não representam maiores preocupações. Nessa tarefa, conforme apresenta Hovenkamp¹⁶⁹, foram criados dois caminhos para a avaliação das práticas comerciais.

2.2.2.1 *Naked e Ancillary Restraints*

Certas práticas restritivas à concorrência já se sabe de antemão que geram uma redução do bem-estar social. Tratam-se de práticas conhecidas como *naked restraints*, das quais os cartéis *hardcore* são o exemplo mais notório. Uma *naked restraints* normalmente deriva de um acordo em que a fixação de preços ou a divisão de mercado não vem acompanhada de nenhuma forma de organização produtiva ou distributiva – que poderiam gerar alguma forma de eficiência.¹⁷⁰ Ainda que esses acordos pudessem gerar eficiências, estas dificilmente superariam ou compensariam a restrição à concorrência que implicam, pelo que já se presume seus efeitos líquidos deletérios. Isso implica na aplicação de uma regra de julgamento *per se*, em que é suficiente a prova do fato para se concluir pela existência de uma infração antitruste¹⁷¹.

Essa presunção decorre de argumentos microeconômicos “que nos autoriz[am] a associar invariavelmente, para fins de aplicação legal, os cartéis *hardcore* a perdas líquidas de bem-estar social.”¹⁷² O raciocínio pode ser assim estruturado:

De fato, postas: a premissa metodológica de acordo com a qual os agentes econômicos são racionais (i.e. aproveitam oportunidades de maximização dos lucros) e a premissa teórico-econômica de acordo com a qual a lucratividade do acordo de preços está condicionada à detenção conjunta, pelos partícipes, de poder de mercado para o aumento dos preços e a redução das quantidades ofertadas, segue-se necessariamente que a prova do fato do acordo é suficiente para a conclusão no sentido da produção da perda de bem-estar. Em outras palavras, se os agentes são racionais e se os mesmos decidem participar de um acordo dessa natureza, pode-se afirmar que eles detêm – pelo menos em conjunto – o poder de mercado que está sendo de fato utilizado no sentido da produção da perda de bem-

¹⁶⁸ ESTADOS UNIDOS. Department of Justice e Federal Trade Commission. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 2000, p. 01.

¹⁶⁹ HOVENKAMP, Herbert, *op. cit.*, p. 194

¹⁷⁰ HOVENKAMP, Herbert, *op. cit.*, p. 147

¹⁷¹ SCHUARTZ, Luis Fernando, *op. cit.*, p.120

¹⁷² SCHUARTZ, Luis Fernando, *op. cit.*, p. 121

estar (um aumento de preços a um nível superior ao competitivo e uma redução da oferta a um nível inferior ao competitivo).¹⁷³

A jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em casos de investigação de cartel *hardcore* tem seguido tal linha de raciocínio:

Em suma, conforme a Lei nº 8.884/94 e precedentes do CADE, nos casos em que houver a atuação de um cartel clássico, será exigida apenas a prova da existência da conduta para a configuração da infração, presumindo-se a potencialidade de que sejam produzidos efeitos prejudiciais à concorrência.¹⁷⁴

Do exposto, conclui-se que, em processos em que restar comprovado que concorrentes realizaram um conluio organizado com o único objetivo de elevar preços em detrimento do consumidor, é desnecessária a análise de elementos como o mercado relevante afetado, a participação de mercado detida pelos agentes investigados e a existência ou não de barreiras à entrada, já que a potencialidade lesiva da conduta sobre a ordem concorrencial – que constitui o critério central no direito brasileiro para a configuração da infração à ordem econômica – decorre diretamente das provas da materialidade do conluio organizado de preços.¹⁷⁵

De outro lado, tem-se práticas que, a despeito de também envolverem alguma restrição à concorrência, esta se mostraria como uma consequência necessária de um objetivo socialmente desejável. São as chamadas *ancillary restraints*. Tratam-se de condutas que podem gerar um efeito líquido positivo no bem-estar social, a ser avaliado após a comparação das eficiências geradas com a restrição causada¹⁷⁶. Tendo em vista as peculiaridades de cada situação, torna-se difícil a valoração genérica quanto à licitude ou ilicitude de tais práticas.

Hovenkamp propõe uma distinção entre a *naked* e a *ancillary restraint* com base nas possíveis justificativas do acordo. *Naked* seriam as restrições formadas com o propósito ou com a possibilidade de causar aumentos de preços ou de redução de oferta. Em contrapartida, *ancillary restraints* ocorreriam em práticas que seriam justificáveis por terem por objeto ou efeito uma redução de preços ou um aumento de oferta.¹⁷⁷ Tendo em vista que o primeiro somente se materializa com a detenção conjunta de poder de mercado pelos envolvidos – o que pode ser presumido caso se prove o fato –, a distinção pode ser formulada nos seguintes termos: a restrição será *naked* quando for condicionada pela detenção conjunta de poder de mercado pelos envolvidos; será *ancillary* quando sua racionalidade independer da

¹⁷³ SCHUARTZ, Luis Fernando, *op. cit.*, p.121

¹⁷⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo Nº 08012.004702/2004-77. Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 09 de maio de 2012.

¹⁷⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo Nº 08012.004472/2000-12. Relatora Conselheira Ana Frazão. Julgado em 06 de março de 2013.

¹⁷⁶ A diferença nessa forma de avaliação pode ser sintetizada nos seguintes termos: “A regra per se abrevia a análise por parte do julgador, limitando-se à verificação da existência do acordo (do cartel em si) para concluir pela ilicitude de uma determinada conduta, ao passo que a regra da razão passa por mais etapas, nomeadamente a análise de poder de mercado e também a ponderação de efeitos (na verdade, uma avaliação do efeito líquido decorrente da conduta em si).” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo Nº 08012.004702/2004-77. Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 09 de maio de 2012.

¹⁷⁷ HOVENKAMP, Herbert, *op. cit.*, p. 195

detenção de poder de mercado.¹⁷⁸ Em suma, a distinção envolve a seguinte pergunta: “essa restrição funcionaria se os participantes detivessem conjuntamente uma posição não dominante no mercado?”¹⁷⁹

2.2.2.2 Eficiências

O papel das eficiências ganhou especial impulso com a incorporação de uma análise econômica no direito antitruste, o que desenvolveu uma perspectiva de efeitos, em contrapartida a uma análise mais formal das condutas dos agentes econômicos. De um lado, auxilia a determinar que tipos de condutas, acordos e transações são capazes, e tendem, a gerar preocupações de ordem concorrencial, enquanto, de outro lado, auxilia a entender que tipos de justificativas podem ser usadas para superar as presunções quanto aos efeitos anticompetitivos esperados.¹⁸⁰ Todavia, o papel das eficiências (sobretudo o que se chama *efficiency defense*) varia em cada jurisdição, e ainda para cada tipo de prática.

Tendo em vista seu importante papel no caso das *ancillary restraints*, é necessário verificar as condições necessárias para que uma defesa de eficiências seja aceita, permitindo-se, consequentemente, concluir pela licitude da prática.

Como primeiro aspecto, deve-se verificar se as eficiências serão repassadas para os consumidores. Eficiências econômicas que os agentes econômicos não tem qualquer incentivo de compartilhar com consumidor não são consideradas relevantes¹⁸¹. A legislação brasileira, seguindo a posição europeia¹⁸², expressamente aponta esse requisito em seu art. 88,

¹⁷⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando, *op. cit.*, p. 129

¹⁷⁹ Tradução livre de: “Would this restraint work if the participants collectively held a nondominant position in the market?” HOVENKAMP, Herbert, *op. cit.*, p. 195

¹⁸⁰ “On the one hand, it helps to determine which types of conducts, agreements and transactions are capable of and likely to raise competition concerns, while on the other hand it helps to understand what types of justification can be used to overturn potential findings of anti-competitive effects.” ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *The role of efficiency claims in antitrust proceedings*. Policy Roundtables. Paris, 2012, p. 11.

¹⁸¹ “Não basta, portanto, a existência da eficiência, é necessária a garantia da efetiva repartição de seus benefícios com os consumidores.” SALOMÃO FILHO, Calixto, *op. cit.*, p. 205.

¹⁸² “1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos. 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo. 3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: - a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, - a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e - a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, **contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante**, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.” (grifos nossos) UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 2008. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:pt:PDF>> Acesso em 5 set. 2013.

§ 6º, inciso II¹⁸³. Os agentes econômicos, em muitos tipos de eficiências – como o caso de eficiências relacionadas a economias de escala –, só terão incentivo em repassá-las caso sofram pressão de concorrentes, pelo que a eliminação de parte considerável da concorrência já obsta o atendimento da condição.

Em segundo lugar, essa eficiência deve ser superior aos efeitos negativos causados, falando-se, assim, em efeito líquido positivo da conduta. Caso os efeitos deletérios sejam superiores às vantagens geradas (efeito líquido negativo), não há razão para se tolerar a restrição.

Por fim, deve-se fazer um exame quanto à necessidade da restrição de forma a alcançar a eficiência gerada. Caso a restrição não guarde relação alguma com a geração das eficiências, i.e. caso se alcance as vantagens geradas sem a ocorrência da restrição, não se verifica um nexo de causalidade entre a restrição e a eficiência, pelo que esta se mostra injustificada. Ainda que se possa traçar uma causalidade, é necessário ainda analisar se não existiria um outro meio menos lesivo que asseguraria o mesmo fim. Trata-se de condição que pode ser inferida da expressão “observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos”, expresso no já citado § 6º do artigo 88 da Lei 12.529/2011, também tendo inspiração no direito europeu. De fato, o direito comparado demonstra a utilização de tal condição pelas principais autoridades antitruste do mundo, conforme se percebe no Guia do *Federal Trade Commission*¹⁸⁴, nos Estados Unidos, e no Guia da Comissão Europeia¹⁸⁵.

Em suma, não se trata de algo muito distante da regra de ponderação já muito trabalhada no direito. Em um conflito entre restrição à concorrência e geração de eficiências, as três etapas da regra poderiam ser assim expressas: (a) adequação – a prática gera alguma eficiência; (b) necessidade – não existe meio menos gravoso à concorrência para se alcançar a eficiência; (c) proporcionalidade em sentido estrito – a restrição à concorrência é desejável, o que pode ser analisado com base nos efeitos líquidos da prática e com o compartilhamento das eficiências com o consumidor.

¹⁸³ “§ 6º Os atos a que se refere o § 5o deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.” BRASIL. LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 de dez. 2011.

¹⁸⁴ “The Agencies consider only those efficiencies for which the relevant agreement is reasonably necessary. An agreement may be “reasonably necessary” without being essential. However, if the participants could have achieved or could achieve similar efficiencies by practical, significantly less restrictive means, then the Agencies conclude that the relevant agreement is not reasonably necessary to their achievement.” ESTADOS UNIDOS. Department of Justice e Federal Trade Commission. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 2000, p. 24

¹⁸⁵ “as restrições devem ser indispensáveis para a prossecução destes objectivos, ou seja, os ganhos de eficiência” União Europeia. Comissão Europeia. *Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*, 2011, p. 12.

2.2.3 Cartéis de exportação e cartéis hardcore

Verificados os pressupostos para a consideração de um cartel como *hardcore*, bem como para a análise dos demais acordos de cooperação entre concorrentes, trata-se de aplicá-los ao caso dos cartéis de exportação.

Inicialmente, cumpre destacar que o termo cartel de exportação – conforme a utilização proposta no primeiro capítulo – abrange uma miríade de situações, cada qual com características próprias que implicam numa forma de análise diferente. Por um lado, tem-se os acordos que somente objetivam fixar preços ou dividir mercados, não havendo qualquer forma de integração entre as atividades dos envolvidos, seja no que se refere à produção, seja no que tange à comercialização ou distribuição de bens. Tais formas de cartel de exportação enquadram-se naquilo que foi chamado de *naked restraint*, pelo que pode ser identificado como uma forma de cartel *hardcore*. Com efeito, tal forma de coordenação não tem potencial de gerar eficiência, representando tão só uma restrição à concorrência. Conforme dispõe o Guia norte-americano de colaboração entre concorrentes:

A mera coordenação de decisões em preço, oferta, clientes, territórios e afins não são integrações, e economias de custo sem integração não são uma forma de se evitar uma condenação *per se*. A integração deve ser de um tipo que plausivelmente geraria benefícios pró-competitivos cognoscíveis sobre uma análise de eficiências.¹⁸⁶

Trata-se de forma de utilização de isenções antitruste que escapam aos seus próprios propósitos, uma vez que estas se lastreiam normalmente na possibilidade de conferir uma estrutura mais eficiente aos agentes nacionais para exportarem.

Por outro lado, a forma de um cartel de exportação típico seria aquela pela qual se cria uma associação comercial que integra as atividades de comercialização e distribuição dos associados. Não raras as vezes, se cria no mercado uma marca para exportação sob a qual os associados atuarão. Tais formas de acordos permitem, em tese, a geração de eficiências legítimas, podendo, por exemplo, representar economias de escala ou um *pool* de investimentos em marketing.

Primeiramente, há que se destacar que, independente da forma em que se operam, tais associações ainda representam uma restrição à concorrência, uma forma de fixação de preço e divisão de mercado. Isso porque elimina qualquer concorrência interna entre os

¹⁸⁶ Tradução livre de: "The mere coordination of decisions on price, output, customers, territories, and the like is not integration, and cost savings without integration are not a basis for avoiding *per se* condemnation. The integration must be of a type that plausibly would generate procompetitive benefits cognizable under the efficiencies analysis [...]." ESTADOS UNIDOS. Department of Justice e Federal Trade Commission. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 2000, p.8.

envolvidos, seja em termos de preço ou oferta. Assim, ainda que dissimulado por institutos próprios de uma associação, a restrição à concorrência por meio de fixação de preços ainda existe.¹⁸⁷⁻¹⁸⁸

Respondendo à pergunta formulada ao final do item 2.2.2.1, poder-se-ia cogitar que tal forma de acordo seria racional mesmo na ausência de poder de mercado dos envolvidos. Com efeito, conforme já tratado, defende-se a associação dos agentes nacionais justamente pela possibilidade de esta superar barreiras existentes para sua inserção no mercado internacional, sem a qual, muitas vezes, seria impossível à empresa participar do mercado. Assim, já se observa, inicialmente, uma distinção em relação aos cartéis *hardcore*, que, “diferentemente do que ocorre com outras práticas empresariais, [...] não são capazes de gerar quaisquer benefícios sociais”.¹⁸⁹

Todavia, o potencial efeito líquido positivo decorrente dessa prática tem escopo extremamente reduzido. Apenas em casos em que – e enquanto – a restrição à concorrência é essencial para permitir a entrada ou consolidação de um grupo de agentes no mercado do país importador é que se poderia justificar a restrição à concorrência. Em tais casos:

[...] é pouco provável que um acordo de comercialização suscite preocupações em matéria de concorrência quando é objectivamente necessário para permitir que uma parte entre num mercado em que não teria podido entrar individualmente ou com um número mais reduzido de partes do que as que participam efectivamente na cooperação, por exemplo, devido aos custos envolvidos.¹⁹⁰

Caso os agentes já pudessem atuar efetivamente no mercado por conta própria, o mercado prescindiria dessa restrição para aumentar o bem-estar social, sendo, muito possivelmente, injustificada tal restrição¹⁹¹.

Ademais, tendo em vista o tipo de eficiência gerada – normalmente associada à redução de custos –, a detenção de posição dominante pelos envolvidos quase que

¹⁸⁷ Explica WHISH, Richard; BAILEY, David, *op. cit.*, p. 606 que: “joint selling is likely to have as its object the restriction of competition, since it eliminates price competition between the parties on substitute products and may also restrict the total volume of products to be delivered by the parties within the framework of a system for allocating orders.”

¹⁸⁸ Estabelece o Guia da Comissão Europeia: “Um dos principais problemas que os acordos de comercialização entre concorrentes colocam é a fixação dos preços. Os acordos que se limitam à venda em conjunto têm geralmente por objecto a coordenação das políticas de fixação de preços de fabricantes ou prestadores de serviços concorrentes. Nesse caso, não só eliminam a concorrência a nível dos preços entre as partes, no que se refere a produtos substituíveis, mas podem igualmente limitar o volume total dos produtos que serão fornecidos pelas partes no âmbito do sistema de repartição de encomendas. Consequentemente, é provável que tais acordos constituam uma restrição da concorrência por objecto.” União Europeia. Comissão Europeia. *Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*, 2011, p. 50.

¹⁸⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo Nº 08012.004472/2000-12. Relatora Conselheira Ana Frazão. Julgado em 06 de março de 2013.

¹⁹⁰ União Europeia. Comissão Europeia. *Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*, 2011, p. 50.

¹⁹¹ “All the above demonstrates that there are instances and structures in which export cartels facilitate market penetration but that a very distinct set of conditions has to be met for that result to be achieved rather than just giving exporters the opportunity to reap cartel gains. The efficiency-argument is therefore only legitimate if there are actually structural impediments of the would-be exporters or other restrictions of free trade in the target market making exports unattractive that might otherwise take place.” BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 118.

automaticamente significa que será pouco plausível o seu compartilhamento com os consumidores. Sem a pressão de concorrentes, os agentes não teriam incentivos para repassar aos consumidores parte dessa redução na forma de preços menores. Pelo contrário, mais provável que mantenham exclusivamente para si tais ganhos.¹⁹²

A análise da necessidade de tais práticas também parece se mostrar pouco favorável aos cartéis de exportação. Primeiramente, muito se discute quanto a real necessidade de permitir tais formas associativas, uma vez que suas eficiências poderiam ser obtidas, em princípio, de uma forma muito menos custosa¹⁹³. Alega-se que agentes independentes, tais como *export brokers*¹⁹⁴, conseguiriam gerar as mesmas eficiências, sem todavia implicar a restrição na concorrência: tais agentes estimulariam a competição em preços entre os agentes nacionais ao mesmo tempo em que permite a economia de escala relacionadas à distribuição e comercialização. Ainda que se possa, dadas as peculiaridades do país de origem, se arguir que tal opção não se mostra disponível, ainda assim a constituição de uma associação entre concorrentes prescindiria da fixação de preços. Tendo em vista que as principais eficiências se relacionam a economias de escala, para que estas sejam alcançadas, basta se garantir que a produção dos associados seja comercializada e distribuída pelos canais comuns da associação. Mantendo-se a concorrência entre os associados, haveria maior probabilidade de essas eficiências serem repassadas aos consumidores.¹⁹⁵

Conforme se vê, muitos desafios se mostram para a demonstração de que as eficiências geradas impactem positivamente a análise dos efeitos líquidos da prática. Em não sendo verificado, não se está diante de algo muito distinto de um cartel *hardcore*.

Do exposto, é possível se concluir que cartéis de exportação que envolvam algum tipo de integração econômica permitiriam uma análise um pouco diferenciada em relação aos chamados cartéis *hardcore*, aos quais se aplica uma regra *per se*. Todavia, dadas as peculiaridades dos tipos de eficiências geradas, procedimentalmente essa diferença não será tão manifesta. Isso não significa nenhuma distorção da sistemática dos *standards* de

¹⁹² “Os ganhos de eficiência obtidos através de restrições indispensáveis devem ser repercutidos nos consumidores numa medida que exceda os efeitos restritivos da concorrência causados pelo acordo de comercialização, o que poderá acontecer através de uma redução dos preços ou de uma melhor qualidade ou diversidade dos produtos. No entanto, quanto mais elevado for o poder de mercado das partes, menos provável é que os ganhos de eficiência sejam repercutidos nos consumidores numa medida que exceda os efeitos restritivos da concorrência. Se as partes possuírem uma quota de mercado combinada inferior a 15 %, é provável que os eventuais ganhos de eficiência demonstrados decorrentes do acordo sejam repercutidos nos consumidores numa medida suficiente.” União Europeia. Comissão Europeia. *Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*, 2011, p. 52.

¹⁹³ “This argument, however, is generally only brought forward for small and medium undertakings (SMU) that wish to rationalise and facilitate exports by pooling knowledge and expertise. However, the ability to export products or services is dependant on the channels used to trade them. The SMU will tend to use indirect export channels (through partners in the target market) rather than exporting directly themselves, because the establishment of specific distribution channels (maybe in several markets with a relatively low share of exports) is associated with disproportionate entrance costs and requires a large degree of market specific expertise.” BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 116.

¹⁹⁴ “Marketing economies of scale attainable by an association can probably be achieved through the use of an independent export broker, which would leave all interested firms free to compete in export markets while avoiding domestic repercussions which may occur if the cartel is of a magnitude sufficient to exploit its domestic market power.” SLOAN, Richard A., *op. cit.*, p. 38.

¹⁹⁵ Cf. o caso da ANSAC, uma Webb-Pomerene association, analisado pela Comissão Europeia, tratado em detalhes no item 4.1.2

juízo. Com efeito, estes não representam sistemas rígidos e únicos para a avaliação de condutas, mas antes:

dois pontos extremos de uma mesma escala de presunções (algumas absolutas, outras relativas) de que lança mão o direito para lidar, pragmaticamente, com o leque de condutas anticompetitivas, aproximando umas da presunção de ilegalidade, outras da presunção de legalidade, e colocando outras tantas em várias posições intermediárias, por razões de política legislativa e jurisprudencial. A tais presunções corresponde, no processo administrativo, um leque também variado de arranjos possíveis de distribuição de ônus probatórios entre a autoridade persecutória e as pessoas físicas e jurídicas investigadas, cada qual sendo compatível com um tipo específico de conduta, na medida, naturalmente, de sua gravidade e da frequência com que ela produz efeitos deletérios.¹⁹⁶

No caso de cartéis de exportação, tendo em vista o limitado espaço para uma real defesa de eficiência, bem como a impossibilidade de a autoridade deter todas as informações necessárias para avaliá-la¹⁹⁷ – não só pela sua natureza, mas também por envolver agentes estrangeiros, cujas dificuldades são de difícil assimilação pela autoridade do país importador –, entende-se que a melhor forma de solução do problema é a utilização de uma regra de distribuição de provas que atribua o ônus da legitimidade da conduta – pela geração de efeitos líquidos positivos – aos agentes associados.

Especialmente para as empresas que não detêm poder de mercado e que realmente precisam da constituição de uma associação para poder ingressar no mercado do país importador, tal prova será de fácil produção. Nos demais casos, a produção de tais provas não será tão simples, justamente porque não é tão simples a demonstração da imprescindibilidade da restrição à concorrência para a geração das eficiências visadas. Na realidade, o espaço para a geração de efeito líquido positivo parece tão restrito que se pode cogitar que, constatado o poder de mercado, seria desnecessário uma análise de eficiências.

Assim, ainda que no caso de cartéis de exportação a simples verificação da prática não seja suficiente para concluir invariavelmente pelo seu efeito líquido negativo, ao se atribuir o ônus de justificar a conduta aos administrados, a análise muito se aproximaria daquela realizada em cartéis *hardcore*.

Deve-se ainda destacar que a análise não pode se restringir tão somente ao momento da constituição da associação, mas ao longo de toda a duração do acordo. Ainda que

¹⁹⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo Nº 08012.001271/2001-44. Voto-vista Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo. Julgado em 30 de janeiro de 2013.

¹⁹⁷ “Efficiencies are difficult to verify and quantify, in part because much of the information relating to efficiencies is uniquely in the possession of the collaboration’s participants. The participants must substantiate efficiency claims so that the Agencies can verify by reasonable means the likelihood and magnitude of each asserted efficiency; how and when each would be achieved; any costs of doing so; how each would enhance the collaboration’s or its participants’ ability and incentive to compete; and why the relevant agreement is reasonably necessary to achieve the claimed efficiencies (see Section 3.36 (b)). Efficiency claims are not considered if they are vague or speculative or otherwise cannot be verified by reasonable means.” ESTADOS UNIDOS. Department of Justice e Federal Trade Commission. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 2000, p. 24

a associação tenha sido essencial para superar barreiras à entrada no mercado estrangeiro, deve-se verificar se a restrição continua sendo necessária para garantir a competitividade das empresas.

Concluindo, parece haver certo espaço - ainda que limitado¹⁹⁸ - para a existência de cartéis de exportação que efetivamente tragam vantagens aos mercados em que atua. Por tal razão, o enfrentamento dos cartéis de exportação parece envolver mais uma distinção dos diferentes tipos de cartel do que demandar uma completa proibição das isenções nos países de origem, o que poderia ir contra os interesses das partes envolvidas, inclusive do país importador¹⁹⁹. Sob tal ótica, verifica-se que cartéis de exportação não representam nenhuma novidade em relação a outras formas de cooperação de concorrentes. O que lhe há de peculiar é a forma de seu enfrentamento, tendo em vista os interesses conflitantes envolvidos na sua discussão.

198 "All the above demonstrates that there are instances and structures in which export cartels facilitate market penetration but that a very distinct set of conditions has to be met for that result to be achieved rather than just giving exporters the opportunity to reap cartel gains. The efficiency-argument is therefore only legitimate if there are actually structural impediments of the would-be exporters or other restrictions of free trade in the target market making exports unattractive that might otherwise take place." BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 118.

199 "The real problem with a global ban on export cartels, whether achieved through international cooperation or through the harmonization of domestic laws, is that it ignores the unintended effects of such a policy. For many small firms, especially from countries that have historically been less involved in global markets, entry into global markets is an overwhelming challenge. Cooperation among firms that increases the number of participants in global markets makes competition more, not less, effective. Especially for smaller countries, where the alternative to a cooperative association is merger, elimination of cooperation as a legal possibility could lead to consolidation and the lessening of competition in the domestic market." LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, v.20, n. 4, p. 785-828, 2004, p. 813

3 EM BUSCA DE UMA SOLUÇÃO

No capítulo anterior demonstrou-se que cartéis de exportação podem configurar um problema de ordem concorrencial, não se diferenciando muito dos cartéis clássicos normalmente investigados pelas autoridades de defesa da concorrência. Todavia, tendo em vista que as peculiaridades dos cartéis de exportação que, se não são diretamente fomentados pelo Estado de origem²⁰⁰, ao menos se aproveitam da inércia e desinteresse desses em sua repressão, a eliminação do problema demanda mecanismos próprios, normalmente não exigidos nos casos de cartéis *hardcore*.

Em relação a esses mecanismos, cumpre primeiro analisar formas de soluções que não demandam cooperação entre os Estados, i.e., formas de soluções unilaterais. Dado o menor custo e a maior facilidade em se adotar formas unilaterais comparativamente a soluções que visam a cooperação internacional, haveria uma certa preferência por tais mecanismos.

Soluções unilaterais podem ocorrer em duas frentes: soluções por parte dos Estados que garantem a isenção (aqui chamados de Estados de origem) e soluções dos Estados afetados pelos cartéis (aqui chamados de Estados de destino). Entretanto, como se verá em detalhe, tais formas se mostram ou inadequadas ou impróprias para a resolução completa do problema, ainda que sejam um instrumento de grande valia para os países de maior força econômica e com autoridades de defesa da concorrência mais desenvolvidas.

Em seguida, verificados os limites de uma solução unilateral, cumpre analisar as diversas formas de mecanismos internacionais que podem ser usados, envolvendo instrumentos de *soft* ou *hard law*, seja em acordos bilaterais, regionais ou multilaterais, bem como a inserção da discussão em mecanismos internacionais de resolução de conflitos. A identificação de cada obstáculo enfrentado por cada regime é uma importante ferramenta para a formulação de um mecanismo adequado para a resolução do problema.

²⁰⁰ Especialmente quando a constituição de cartéis de exportação é fruto de uma política estatal, questiona-se a utilidade de uma persecução de tais condutas, tendo em vista que o Estado poderia obter os mesmos resultados, gerando os mesmos efeitos, por outros meios, como fusões ou mesmo a constituição de um monopólio estatal da atividade. O *Assistant Attorney General* Baker, nos EUA, citado por Spencer Weber, faz uso do argumento para justificar a “inércia” dos EUA em relação a cartéis de exportação estrangeiros: “*Besides the obvious policy and equity factors favoring this approach, we have also been influenced by questions of practicality and efficient resource allocation. It has seemed likely to us that if a foreign government is committed to the idea of controlled exports, it could probably achieve such control through direct state involvement, a liberal merger or joint venture policy, or some form of mandatory system. In light of this, it seems quite probable that if we were to sue a foreign export association, arguing that governmental authorization was an insufficient defense, the ultimate result of such a suit might well be continuation of the same conduct in even a more rigid form, as well as foreign policy controversy.*” WALLER, Spencer Weber. The ambivalence of United States antitrust policy toward single country export cartels. *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 10, p. 98-113, 1989, p. 101. Entende-se, todavia, que o argumento se mostra exagerado. Primeiramente, há certos limites, normalmente impostos pela suas constituições, para a ingerência do Estado no domínio econômico. Em segundo lugar, o problema, principalmente em se tratando de fusões, não se diferencia de casos de concentração econômica investigados por diversos países.

3.1 Mecanismos Unilaterais

3.1.1 Países de Origem

Tendo em vista que a questão dos cartéis de exportação nasce justamente da isenção conferida pelos países de origem a suas empresas, solução das mais simples seria a revisão de tal prática pelos próprios países, ao menos no que se refere àqueles cartéis de exportação que realmente implicam restrição à concorrência.

Apesar de simples, a sua realização espontânea parece não ser nada crível. Isso se deve, como muito bem exposto por Daniel Sokol, fundado na *public choice theory*²⁰¹, devido à própria racionalidade por trás da concessão das isenções - implícitas ou explícitas - pelos países de origem. Conforme expõe o autor, a regulação, assim como a concessão de imunidades a essa regulação, seria uma função do sucesso de *rent-seeking*²⁰² por pequenos e bem organizados grupos de interesses.²⁰³ No caso de cartéis de exportação, os principais prejudicados são os consumidores estrangeiros, grupo extremamente grande e difuso, o que resulta em sua menor efetividade de conseguirem se mobilizar politicamente para defenderem seus interesses. Assim, na disputa de interesses existente para a concessão de isenção de cartéis, grupos pró-isenções (o que não necessariamente envolve apenas o ramo empresarial) se mostram em vantagem para assegurar seus interesses, ainda que às custas do bem-estar global.²⁰⁴ Posto nesses termos, se percebe que o problema decorre da falta de alinhamento entre os interesses dos países de origem e os dos de destino²⁰⁵, o que é fomentado pela concepção (tendenciosa, como se viu) de que cartéis de exportação não geram repercussões negativas em seu próprio país. Assim, naturalmente os *policy markers* dos países domésticos se mostrariam mais sensíveis aos grupos de pressão internos, favorecendo a adoção de políticas que visassem aumentar o bem-estar do país, não se preocupando com as externalidades negativas causadas no exterior.

Poder-se-ia cogitar de estimular o reconhecimento dos efeitos deletérios internos nos países de origem, de forma a fortalecer grupos domésticos contrários à forma de isenção. Todavia, mais provável que, mesmo assimilando essas preocupações, as soluções apontadas

²⁰¹ SOKOL, Daniel, *op. cit.*,

²⁰² “Para entender o conceito de *rent-seeking*, é indispensável revisitar a capacidade que os Estados têm de intervir na economia. Quando um governo ajuda a criar, aumentar ou proteger uma posição de monopólio de um determinado grupo de interesse (seja regulando preços ou criando restrições à entrada de novas empresas num mercado, entre outras possibilidades), ele aumenta os lucros de monopólio (*rents*) do grupo favorecido a expensas dos seus consumidores. Assim, a procura por esses lucros de monopólio que o governo pode oferecer reflete bem o que é *rent-seeking*.” RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 47.

²⁰³ SOKOL, Daniel, *op. cit.*, p. 969.

²⁰⁴ SOKOL, Daniel, *op. cit.*, p. 969.

²⁰⁵ SOKOL, Daniel, *op. cit.*, p. 969

buscassem tão somente minimizar os riscos de efeitos internos, e não que envolvessem a assimilação dos efeitos no exterior, e, conseqüentemente, a adoção de soluções adequadas para elas.²⁰⁶ Tendo em vista que, a despeito de terem uma origem comum, os problemas internos e externos não necessariamente coincidem, as soluções (remédios) para cada caso também, naturalmente, variam.

A supressão das isenções, ao menos de forma unilateral, pelos países de origem ainda enfrenta outro obstáculo relacionado ao dilema do prisioneiro.²⁰⁷ Estado algum estaria disposto a proibir que suas próprias empresas formassem cartéis de exportação se os demais países não fizessem o mesmo com suas empresas, uma vez que isto o colocaria em uma situação desvantajosa sem nenhuma contrapartida. Conseqüentemente, a tendência é a inércia de todos os países.²⁰⁸

O reconhecimento das dificuldades em se obter concessões dos países de origem – o que a *public choice theory* auxilia a explicar – é de extrema importância para se cogitar na construção de outras saídas, especialmente nas que envolvem mecanismos de cooperação internacional.²⁰⁹ Tais mecanismos se mostram importantes ainda para superar o dilema do prisioneiro apresentado.²¹⁰

3.1.2 Países de Destino

A repressão pelos países importadores dos cartéis de exportação – que são os países mais diretamente afetados por essa conduta – parece ser um dos principais meios de enfrentamento do problema, justamente por serem eles os maiores interessados em reprimir a prática. Ademais, a aplicação direta de suas próprias leis apresenta algumas vantagens quando comparada com mecanismos internacionais de solução de conflito. Isso porque, não

²⁰⁶ As restrições sugeridas pela SEAE no acordo de exportação formado entre Sadia e Perdigão, já anteriormente mencionado, parece seguir tal caminho.

²⁰⁷ IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 149.

²⁰⁸ “No regulating state will be inclined to prohibit its own companies from participation in such a cartel, because this prohibition could lead to these companies’ withdrawal from the target market whereas the other states’ remaining companies could continue to distort competition, but now also to the disadvantage of the new outsider. This disadvantages domestic products of the regulating states without a corresponding advantage. Consequently, export cartel exemptions lead into a downwards spiral of anticompetitive measures and counter-measures taken by governments and market participants.” BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 118.

²⁰⁹ “A public choice understanding of export cartels is critical to formulating any effective remedy for export cartels.” SOKOL, Daniel, *op. cit.*, p. 968.

²¹⁰ “Yet, for the reasons discussed, it is likely not in the interest of any individual country to repeal its export cartel laws unilaterally, lest the repealing country be left exposed to foreign export cartels, but with its own firms unable to reap corresponding benefits. Rather, repeal makes sense only multilaterally - i.e., I’ll repeal mine if you repeal yours.” VICTOR, A. Paul, *op. cit.*, p. 578.

precisando barganhar com a comunidade internacional, ele pode aplicar o modelo de solução que lhe parecer mais adequado.²¹¹

Para se compreender a possibilidade da aplicação pelo país de destino de suas leis antitruste nos casos de condutas (cartéis de exportação) realizadas integralmente no exterior, é de suma importância tecer alguns comentários a cerca da evolução dos critérios de reivindicação de competência dos países.

A forma mais elementar de qualquer mecanismo de delimitação de jurisdição é a adoção do princípio da territorialidade, segundo o qual países podem aplicar sua lei em relação a quaisquer atos praticados, ainda que parcialmente, em seu território.

Sua limitação é evidente. Por se basear na comissão de atos físicos, a teoria se mostra inadequada em um cenário de comércio internacional numa economia globalizada.²¹² Por tal razão, a teoria dos efeitos, a qual já foi tratada anteriormente, foi desenvolvida como mecanismo para expandir²¹³ a jurisdição do Estado para aqueles casos em que o país era afetado por condutas externas; superando, assim, as limitações da teoria anterior.

A teoria dos efeitos foi aplicada pela primeira vez no direito antitruste nos Estados Unidos no caso *Alcoa*. Nele, o Departamento de Justiça norte-americano acusava que produtores canadenses e europeus haviam conspirado para controlarem a produção de alumínio, o que envolvia exportações para os Estados Unidos, em violação ao § 1 do *Sherman Act*.²¹⁴ A *Court of Appeal* firmou o entendimento de que o *Sherman Act* é aplicável mesmo a pessoas estrangeiras, em relação a atos praticados fora de suas fronteiras, configurada a ocorrência de efeitos nos Estados Unidos.²¹⁵⁻²¹⁶

²¹¹ Acerca do argumento, cf. SWEENEY, Brendan. Combating foreign anti-competitive conduct: what role for extraterritorialism? *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8, p. 35-87, 2007, p. 42: "There are at least two aspects to this advantage of extraterritorialism. First, the state that is applying its law extraterritorially determines the substantive and remedial rules to be applied. This is important because states differ considerably in their estimation of the optimal shape of many competition rules, including vertical restraints, single firm conduct and mergers. [...] Second, by applying its competition law extraterritorially, the state can rely on its own procedures. Procedural systems are important in most competition regimes because enforcement decisions are left neither entirely to the court system nor to a government agency."

²¹² BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 107.

²¹³ Tendo em vista que a adoção da teoria dos efeitos teve por propósito expandir, e não limitar a jurisdição, critica-se a concessão de isenções pelos países de origem unicamente com base na concepção de que estes não são afetados por seus cartéis de exportação. A respeito, Cf. BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 107: "However, when engaging in export cartels, anticompetitive conduct takes place on the territory of the non-regulating (or encouraging) state and in most instances the actors will be citizens of that state. This makes the objective territoriality principle as well as the objective personality principle applicable, which both confer jurisdiction to prosecute export cartels. The refusal to deal with export cartel exemptions on the basis that they do not have an effect in the territory of the regulating state is a worthwhile argument only in the interpretation of current statutory or treaty provisions, but, as a policy recommendation for prospective changes in the law, it is quite misleading, because the effects doctrine had not been designed to restrict the objective territoriality-or the objective personality-principles. A reluctance to protect foreign markets against the anticompetitive conduct of companies located within a state cannot be explained by legal restraints, but as a matter of competition policy."

²¹⁴ SWEENEY, Brendan, *op. cit.*, p. 54.

²¹⁵ IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 108.

²¹⁶ Há que se destacar que a aplicação extraterritorial do *Sherman Act* foi constantemente revisitada, desenvolvendo-se seus critérios de aplicação. Cf. SWEENEY, Brendan, *op. cit.*, p. 56-60.

Atualmente, tendo em vista a franca adoção da teoria dos efeitos ao redor do mundo, sua aplicação não suscita tantos problemas²¹⁷. Todavia, como se verá oportunamente, a sua aplicação não é ilimitada, devendo-se atentar em relação a certos princípios de direito internacional.²¹⁸

Essa aplicação extraterritorial das leis antitruste, graças a adoção da teoria dos efeitos, teve por consequência minimizar os impactos das isenções aos cartéis de exportação nos países de origem. As empresas, mais do que se preocupar com suas leis nacionais, devem também se atentar às leis dos mercados que serão por elas afetados.²¹⁹ A isenção conferida em relação às leis antitruste do país de origem não implica isenção às leis dos países importadores.²²⁰ Nesse sentido, destaca-se que o próprio Estados Unidos reconheceu a limitação de suas isenções no seu *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*:

A despeito de ETCR [*export trade certificate of review*] prover significativa proteção em relação a leis antitrustes, ele contém certas limitações. [...] Em quarto lugar, um ETCR não constitui, explícita ou implicitamente, uma aprovação ou opinião do Secretário de Comércio ou do Procurador Geral a respeito da legalidade de tal plano de negócios em relação às leis de qualquer país estrangeiro.²²¹

De qualquer forma, como mencionado, a aplicação da teoria dos efeitos não é feita ilimitadamente, podendo sofrer certas restrições quando determinada conduta envolve certo grau de envolvimento dos Estados de origem.²²² Essa mitigação da teoria dos efeitos visa se conformar com princípios de direito internacional público, em especial à soberania do

²¹⁷ Acerca do novo caráter que a aplicação extraterritorial das leis antitruste, cf. SWEENEY, Brendan, *op. cit.*, p. 86: “In the past 15 years, the level of hostility has reduced considerably due to a number of factors. First, a growing number of states now recognize that anti-competitive activities most notably hard core cartels, which until recently made up most of the international cases are bad for their own economies. This growing recognition has produced a rush of new competition regimes. It has also fostered a spirit of cooperation, resulting in a number of collaborative initiatives, including positive comity. Second, a number of states have indicated that they are prepared to apply their competition laws extraterritorially; this has tended to mute complaints by those states against US extraterritorialism. Third, US antitrust authorities and, more recently but to a lesser degree, US courts, have become more sensitive to the legitimate concerns of other states. The consequence is that competition law extraterritorialism is no longer necessarily just a matter of aggressive unilateralism. It can, and often does, operate in a cooperative environment; it is no longer just a US phenomenon.”

²¹⁸ BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 108-111.

²¹⁹ “This is particularly true given the fact that most exporters have long since realized that it is foreign law, rather than U.S. antitrust law, that they must consider in an export transaction.” WALLER, Spencer Weber. The failure of the export trading company program. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 17, n.2, p. 239-276, 1992, p. 261. Cf. também SLOAN, Richard A., *op. cit.*, p. 36, WALLER, Spencer Weber. The failure of the export trading company program. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 17, n.2, p. 239-276, 1992, p. 254, IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 95 e HÖZLER, Heinrich; BRAUN, David, *op. cit.*, p. 972.

²²⁰ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The economic impact of the U.S. Export Trading Company Act. Working Paper N° 1036. Ross School of Business. University of Michigan, 2006, p. 02.

²²¹ Tradução livre de: “Although an ETCR provides significant protection under the antitrust laws, it has certain limitations. [...] Fourth, an ETCR does not constitute, explicitly or implicitly, an endorsement or opinion by the Secretary of Commerce or by the Attorney General concerning the legality of such business plans under the laws of any foreign country.” ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. Federal Trade Commission. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, abril de 1995. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>> Acesso em 9 set. 2013.

²²² A respeito, Cf. IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 107 e BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 109-111.

Estado estrangeiro.²²³ Estados soberanos devem ser tratados equitativamente, não podendo um exercer soberania em relação ao outro – i.e. criar uma relação de subordinação (*par in parem non habet imperium*)²²⁴. Todo Estado soberano tem o direito de planejar, dirigir e controlar sua economia na forma que lhe aprouver²²⁵. Decorre disso que os Estados soberanos devem respeitar a independência dos demais, não devendo suas cortes julgar atos de governo dos países estrangeiros realizados em seu próprio território.²²⁶⁻²²⁷

Nos Estados Unidos, essa discussão foi incorporada no *Foreign Sovereign Immunities Act*²²⁸, detalhada no *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*²²⁹, e culminou no estabelecimento de três teorias de defesa (em favor do ato do Estado estrangeiro): *Foreign Sovereign Immunity*, *Act of State Doctrine* e *Compulsion Act of State*.²³⁰

A primeira teoria imuniza os sujeitos soberanos no caso de sua conduta não ser comercial. É aplicável, portanto, apenas aos sujeitos soberanos, e não a partes privadas.

O *Act of State Doctrine*, por sua vez, foca na soberania da espécie do ato, e não na soberania do sujeito. É possível sua utilização, pois, por partes privadas. Por tal teoria, não cabe às cortes nacionais questionarem a legalidade de atos soberanos efetuados pelos Estados em seu próprio território. Novamente, trata-se de atos que, por sua natureza, são soberanos, não configurando a hipótese atos comerciais do Estado.²³¹

Por fim, a *Foreign Sovereign Compulsion* relaciona-se a uma questão de justiça. A defesa aplica-se em casos que a parte privada estrangeira é forçada pelo seu país de origem a realizar certo ato, sob ameaça de aplicação de sanções, e que o agente tenha tentado, de boa-fé, cumprir, no que possível, as leis do país de destino. Não é suficiente a adoção pelo país de origem de uma simples política permissiva ou encorajadora, ou que meramente tolera a

²²³ A respeito, observam Whish e Bailey que: “*The limits upon a State’s jurisdictional competence – and therefore upon its ability to apply its competition laws to overseas undertakings – are matters of public international law. There are two elements to a State’s jurisdictional competence. First, a State has jurisdiction to make laws, that is to say to ‘lay down general or individual rules through its legislative, executive or judicial bodies [...] Secondly, a State has jurisdiction to enforce its laws, that is ‘the power of a State to give effect to a general rule or an individual decision by means of substantive implementing measures which may include even coercion by the authorities’: this is known as a State’s enforcement jurisdiction.*” WHISH, Richard; BAILEY, David, *op. cit.*, p. 488.

²²⁴ BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 108.

²²⁵ KOCH, F. E., *op. cit.*, p. 12.

²²⁶ IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 109-114.

²²⁷ Nos Estados Unidos, no caso *Uranium*, a decisão norte-americana teria afrontado políticas econômicas de diversos Estados (Canadá, França, Grã-Bretanha, Austrália e África do Sul). O caso teve enorme repercussão diplomática, o que envolveu medidas inclusive de retaliação por partes dos Estados afetados pela decisão. O problema político-diplomático culminou numa carta do Departamento de Estado norte-americano à Corte de Apelação se queixando da interpretação e linguagem adotada pelo juízo *a quo*. A respeito, cf. SWEENEY, Brendan, *op. cit.*, p. 55 e IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 108-109.

²²⁸ ESTADOS UNIDOS. *Foreign Sovereign Immunities Act*, 1976. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/part-IV/chapter-97>> Acesso em 19 set. 2013.

²²⁹ ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. Federal Trade Commission. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, abril de 1995. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>> Acesso em 9 set. 2013.

²³⁰ A respeito de cada uma dessas formas de defesa, cf. SWEENEY, Brendan, *op. cit.*, p. 67-70.

²³¹ Destaca-se que o *Act of State Doctrine* foi utilizado nos Estados Unidos para afastar uma ação de reparação ingressada contra a OPEC. Todavia, comentaristas alegam que tal decisão não se conforma mais com o escopo da teoria. A respeito, cf. SWEENEY, Brendan, *op. cit.*, p. 68-69.

conduta²³². Nesses casos, seria garantido ao agente econômico duas opções: agir de acordo com as leis dos dois países ou violar a lei de um deles na busca de vantagens econômicas para si.²³³

A aplicação da não-imunidade aos cartéis de exportação foi colocado à prova, ainda em 1984, no caso *Wood Pulp*, julgado pela Comissão Europeia, sendo referência até hoje na matéria.²³⁴ O caso envolvia a formação de cartel entre produtores de polpa de madeira de diversos países. Os representados americanos operavam por meio de uma *Webb-association*, a Kraft Export Association – KEA. A associação alegou que sua persecução violaria o princípio de direito internacional da não interferência, o qual implicaria que Estados renunciassem ao exercício de sua atividade jurisdicional quando apresentam jurisdição concorrente e editam leis que colocam os indivíduos diante de standards de conduta contraditórios. No caso, as autoridades europeias consideraram que o Webb-Pomerene Act apenas isentaria as associações das leis antitruste doméstica, não compelindo ninguém a realizar um cartel. Assim, não haveria um duplo standard de conduta exigida, não se aplicando o princípio da não interferência.²³⁵

O precedente teve impacto em relação a outros cartéis de exportação norte-americanos que atuavam na Europa. Em dezembro de 1988, logo após o julgamento do caso *Wood Pulp*, outra *Webb-association*, a *American Natural Soda Ash Corporation* – ANSAC, buscou uma abordagem diferente em face da Comissão Europeia: notificou o acordo, nos termos da então legislação vigente, no intuito de receber o aval da autoridade para permitir que a associação vendesse os produtos de suas associadas²³⁶. A empreitada não foi bem-sucedida, entendendo a Comissão que a restrição à concorrência se mostrava desarrazoada, mesmo em face de supostas eficiências alegadas. Todavia, as mesmas empresas, logo em seguida, constituíram outra associação, a *American-European Soda Ash Shipping Association*, a qual apenas integraria a logística de seus associados, sem restringir a concorrência - i.e. sem que haja uma fixação de preços ou divisão de mercado - entre eles, a qual permanece em funcionamento até hoje. A ANSAC é possivelmente o mais célebre cartel de exportação do ponto de vista da repressão antitruste pelos países afetados. Além da decisão da Europa, a

²³² Seria o caso da legislação norte-americana de isenção a cartéis de exportação.

²³³ BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 108

²³⁴ Trata-se de caso paradigmático não só por causa do enfrentamento dos cartéis de exportação, mas também para a questão da aplicação, na Europa, da teoria dos efeitos (ainda que no caso, a Corte de Justiça Europeia tenha assegurado sua jurisdição com base no princípio da territorialidade). A esse respeito, cf. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira, *op. cit.*, p72-73, e WHISH, Richard; BAILEY, David, *op. cit.*, p. 496-497

²³⁵ VICTOR, A. Paul, *op. cit.*, p. 574. Para maiores informações acerca da decisão, cf. SWEENEY, Brendan, *op. cit.*, p. 61-62.

²³⁶ Destaca-se que a ANSAC já havia sido constituído há pelo menos 05 anos.

Associação foi condenada na África do Sul e na Índia por fixação de preços e divisão de mercado (i.e., pela formação de cartel).²³⁷

Apesar de ser um mecanismo extremamente relevante para o enfrentamento dos cartéis de exportação, a simples aplicação pelos países por eles afetados de suas leis antitruste apresenta alguns limites. Além do mais, infelizmente não é uma solução disponível para todos os países – considerando o ponto de vista prático, e não só o formal, garantido este pela simples adoção da teoria dos efeitos.

Primeiro obstáculo para o enfrentamento dos cartéis de exportação – na realidade, obstáculo comum à persecução de qualquer outro tipo de cartel – é o conhecimento da possível infração. Com raras exceções, na qual se incluem os Estados Unidos, países não mantêm um registro público disponibilizando informações acerca de seus cartéis de exportação. A tendência por isenções implícitas tem acentuado esse problema. Não por menos, as isenções norte-americanas – que, conforme dito, são tornadas públicas – apresenta um grande desestímulo à própria utilização de tais mecanismos por parte dos agentes econômicos, especialmente para fins de cometimento de ilícitos no exterior. Por tal razão, a transparência em relação à existência e à operação de cartéis de exportação é de crucial importância para o combate do problema.²³⁸

Também relacionado a problemas de informação, a persecução pelos países afetados pela conduta é prejudicada pela dificuldade na obtenção de evidências. Em casos de cartel de exportação, as provas da conduta, em regra, somente serão encontradas nos seus países de origem²³⁹, o que, por si só, já representa enormes dificuldades nas investigações.²⁴⁰ Para superar essa dificuldade, os países importadores necessitariam do auxílio das autoridades nacionais²⁴¹.

De forma geral, existem três mecanismos possíveis para operacionalizar essa colaboração: (a) cartas rogatórias; (b) os mecanismos previstos na Convenção de Haia; e (c) mecanismos de compartilhamento de informações entre as autoridades dos dois países²⁴². Todavia, é pouco crível que haja tal colaboração, tendo em vista que, no que diz respeito aos países domésticos, nenhum ilícito está sendo perpetrado, havendo um claro desalinhamento

²³⁷ Para maiores informações quanto às investigações em relação à ANSAC nas três jurisdições, cf. BHATTACHARJEA, Aditya, *op. cit.*, p.13-21. Para mais detalhes do caso sul-africano, cf. MOODALIYAR, Kasturi, *op. cit.*

²³⁸ Cf. WALLER, Spencer Weber. The failure of the export trading company program. *Norh Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 17, n.2, p. 239-276, 1992, p. 254.

²³⁹ Não se trata de uma regra absoluta, sofrendo várias exceções. Por exemplo, a constituição de *joint selling agencies* deixa um certo lastro no país importador, uma vez que são tais agências que realmente realizam as exportações. O problema é mitigado quando os países de origem tornam públicos certos documentos dos cartéis de exportação. Seus atos constitutivos, muitas vezes, podem ser suficientes para demonstrar a existência do acordo.

²⁴⁰ BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 111-112, TREDENNICK JR, John Cook, *op. cit.*, p. 178-179.

²⁴¹ IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 143

²⁴² Cf. SWEENEY, Brendan, *op. cit.*, p. 72-83.

de interesses nessa colaboração²⁴³. Ademais, razões ligadas à *public choice theory* já anteriormente tratadas demonstram a falta de colaboração esperada.²⁴⁴ Mais do que não cooperar, dadas as implicações político-diplomáticas que investigações de cartéis de exportação podem acarretar, pode-se até mesmo esperar a imposição de certos empecilhos por parte dos países de origem, com intuito de dificultarem as investigações.²⁴⁵⁻²⁴⁶

Superadas questões relacionadas à instrução do feito, países importadores ainda podem enfrentar sérios obstáculos na hora de garantirem efetividade a suas decisões. Tendo em vista que os ativos dos agentes econômicos envolvidos estarão – regra geral – localizados no exterior, a execução de tais decisões pode se ver frustrada.²⁴⁷⁻²⁴⁸ O problema pode, em certas situações, ser remediado pela adoção de regras de solidariedade, por meio da qual os países importadores poderiam executar suas decisões contra sociedades localizadas em seu país e que pertençam aos grupos econômicos dos agentes condenados. No Brasil, tendo em vista a ampla solidariedade instituída pela Lei nº 12.529/2011, em seu artigo 33, o problema, em muitas situações pode ser superado.²⁴⁹ Todavia, trata-se de solução disponível apenas para os países de economia mais forte, não podendo ser usado por todo e qualquer país, uma vez que é necessário a presença de uma subsidiária no país de destino.²⁵⁰

Nesse ponto, cumpre destacar que os países menos desenvolvidos são os que se encontram em posição menos favorável para aplicação de soluções extraterritoriais de suas

²⁴³ Os mecanismos previstos na Convenção de Haia, por serem vinculantes, como tratado internacional, poderiam superar essa limitação. Todavia, em face do reduzido número de signatários, de seu elevado custo e de sua morosidade, de não se aplicar para matérias administrativas ou penais, bem como a possibilidade de recusa do país em casos de não reconhecer certos mecanismos e situações de busca de provas do país requerente como válidas, a Convenção não se torna um instrumento muito útil. Cf. SWEENEY, Brendan, *op. cit.*, p. 75-78.

²⁴⁴ Anota Sokol quanto a isso: “*Agencies that do offer assistance face potential political backlash regarding funding and other scrutiny by legislators and other parts of the executive branch (such as trade ministries) that support the special interests behind export cartels.*” SOKOL, Daniel, *op. cit.*, p. 974.

²⁴⁵ IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 143-144

²⁴⁶ Foi o que houve no caso Uranium, já anteriormente mencionado. “*This extraterritorial application of U.S. antitrust laws caused diplomatic protests by foreign governments which argued that their interests were adversely affected. Due to the broad interpretation of the effects doctrine in Uranium Trust Litigation, several governments enacted blocking statutes to protect their domestic firms against the U.S. government and private litigants in antitrust cases. These statutes prohibit the disclosure, inspection or removal of documents located in the territory of the enacting state in compliance with orders of foreign authorities.*” IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 108.

²⁴⁷ IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 120.

²⁴⁸ Destaca-se, ainda, a possibilidade dos países de origem tentarem limitar ou mesmo impedir a execução de suas empresas. “*In the wake of the Uranium Case, Australia and the UK introduced legislation providing that any damages in excess of those actually suffered, paid pursuant to an antitrust award in a foreign jurisdiction, could be clawed back in an action against the recipient of those excessive damages. Claw-back laws have not been widely used, but they remain a potent symbol that extraterritorialism can evoke strong reactions, and that powerful retaliatory weapons exist.*” SWEENEY, Brendan, *op. cit.*, p. 83.

²⁴⁹ “Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.” BRASIL. LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 de dez. 2011.

²⁵⁰ “*Execution may be levied on the assets within the jurisdiction. This puts the larger industrialized nations, such as the US and those in the EU, in a much better position than other states for the simple reason that foreign firms are more likely to have assets in the US and the EU than in smaller or less developed economies.*” SWEENEY, Brendan, *op. cit.*, p. 83.

leis, pelo que são os principais prejudicados pelos carteis de exportação.²⁵¹ Tais países muitas vezes carecem de recursos ou mesmo de expertise para combaterem tais práticas. A cooperação a eles por parte dos países de origem parece ser algo distante, em face da inexistência de força político-econômica para pressionarem os países exportadores.²⁵²

Poder-se-ia cogitar que o *spill over effects*²⁵³ decorrente da aplicação extraterritorial das leis de um país beneficiaria os países que não conseguem fazer o mesmo. Entretanto, casos como o relatado da ANSAC, em que mesmo após a condenação em diversas jurisdições, o cartel de exportação continua a subsistir em outros lugares, torna pouco crível que o problema seja realmente superado. Mais provável é que o cartel de exportação deixe de atuar apenas naquelas jurisdições em que foi condenado.

Do que foi exposto, observa-se que soluções unilaterais por parte dos países importadores são um importante instrumento existente para o enfrentamento de cartéis de exportação. A aplicação extraterritorial de leis antitruste reduz enormemente a importância das isenções conferidas nos países de origem. Uma aplicação generalizada dos países de destino de suas leis seria uma possibilidade real de mitigação das preocupações em relação a cartéis de exportação. Todavia, tendo em vista as dificuldades inerentes a essa aplicação, especialmente por países menos desenvolvidos, ou sem uma tradição antitruste consolidada, tal ferramenta ainda não se encontra à mão²⁵⁴. Entretanto, a utilização de mecanismos internacionais podem contribuir para se superar certas barreiras, conforme se verá a seguir.

3.2 Mecanismos Internacionais

Observou-se na seção anterior que mecanismos unilaterais são inócuos ou insuficientes para um completo enfrentamento do problema. A partir das falhas lá enumeradas, pode-se cogitar em superá-las por intermédio de mecanismos internacionais, em todas as suas formas.

²⁵¹ “Quite recently, with the growth of export cartels and merger activity, some developing countries are again beginning to appreciate their vulnerability to anticompetitive practices. Empirical studies find that cartels exist on a large scale and that imports by developing countries are often subject to cartel influence. Hoekman and Saggi argued that, in principle, by invoking the effects doctrine, domestic competition policy can be enforced against cartels organized abroad.’ But in the real world, many developing countries lack the expertise and resources to pursue this avenue of relief.” HUFBAUER, Gary; KIM, Jisun. International competition policy and the WTO. *The Antitrust Bulletin*, vol. 54, n.2, p. 327-335, 2009, p.6-7

²⁵² Para mais informações quanto às dificuldades dos países menos desenvolvidos em aplicar sua lei extraterritorialmente, cf. BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 112 e TREDENNICK JR, John Cook, *op. cit.*, p. 178-179.

²⁵³ “Although any extraterritorial application will be aimed at the anti-competitive effects occurring within the state applying its law, there will be flow-on effects to other states. Some of these effects will be beneficial (positive externalities). For example, if the US applies its antitrust law extraterritorially against a global cartel, a possible result is that the cartel will cease operations. Other states are able to free ride on US enforcement activities. This free ride may be particularly beneficial to the less developed states, many of which have either no functioning competition law or suffer from severe capacity constraints.” SWEENEY, Brendan, *op. cit.*, p. 44.

²⁵⁴ “Alternatively, cartel exemptions could become a non topic, were all states (and the target states in particular) in a position to tackle anticompetitive behavior in a robust manner on the basis of the effects doctrine. This, however, is not the case. To serve as a deterrent, competition law has to be enforced robustly.” BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 111.

3.2.1 Soft Law

Mecanismos de *soft law* referem-se a instrumentos não-vinculativos utilizados pelas partes envolvidas, por meio do qual enunciam princípios, normas, standards ou outras declarações de expectativas de comportamento. *Soft law* expressa uma preferência, e não uma obrigação de que uma parte deve agir ou não de determinada forma.²⁵⁵ Trata-se de instrumento que tem no direito internacional expressiva importância.

O *soft law* funciona, basicamente, como forma da comunidade internacional buscar a uniformização de determinadas matérias, não só no que se refere a formulações legais, mas também quanto a práticas. Nesse sentido, comum é a elaboração de legislações modelos ou relatórios de melhores práticas.

Tendo em vista o caráter não vinculante do *soft law*, poder-se-ia cogitar de sua ineficácia para tratar do problema sobre o qual aqui se debruça. Isso porque os países estariam pouco dispostos a reverem seus sistemas de isenções conferidos a seus cartéis de exportação, conforme explicado pela *public choice theory*, pelo que não se conseguiria a erradicação do problema.

Entretanto, observa-se que as maiores perspectivas para o *soft law* em relação a cartéis de exportação não se encontram nos países de origem dos cartéis, mas sim nos de destino. Conforme tratado na seção anterior, a aplicação extraterritorial pelos países afetados por tais práticas é um mecanismo eficiente de inibir a concessão ou a utilização de isenções, figurando como mecanismo de resolução do problema que opera de fora para dentro.

Nesse contexto, mecanismos de *soft law* podem buscar suprir algumas das deficiências e dificuldades para a aplicação da teoria dos efeitos pelos países de destino. Troca de informações e experiências podem contrabalancear a assimetria de informações existente entre os diversos Estados. Condenações em uma jurisdição podem auxiliar as investigações em outras, aumentando a pressão internacional contra a utilização de mecanismos de isenções antitruste para fins de expropriar mercados estrangeiros. Poder-se-ia pensar sobre uma solução unilateral coordenada para o enfrentamento dos cartéis de exportação: unilateral pois ainda se fundamentará na aplicação de cada país de suas próprias leis para reprimir casos de cartel de exportação ilícitos; coordenada porque é fortalecida por mecanismos de cooperação internacional, e que, aplicados em conjunto, ganham maior expressividade. Uma repressão conjunta, por diversas jurisdições, dos cartéis de exportação

²⁵⁵ SHELTON, Dinah L. *Soft Law. Research Paper N° 322*. George Washington University Law School, 2008, p. 3

cria um grande desestímulo aos agentes econômicos se utilizarem dessas isenções. Em última instância, estas acabariam em desuso, dado que não conferem proteção em relação às leis estrangeiras.

No direito antitruste, duas organizações internacionais têm especial relevância na no desenvolvimento de *soft law*: a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE e a *International Competition Network* – ICN²⁵⁶.

A OCDE foi criada em 1961, dando sequência à Organização para a Cooperação Econômica Europeia, constituída em 1948 para operacionalizar o Plano Marshall, programa norte-americano para o financiamento da reconstrução da Europa pós-guerra.²⁵⁷ Em seus encontros, diversos países se reúnem para deliberar acerca das mais diversas políticas de desenvolvimento econômico e social. Entre essas, encontra-se a política de defesa da concorrência, em que se formula uma série de recomendações de melhores práticas envolvendo os mais diversos aspectos da defesa da concorrência – desde combate a cartéis e análise de atos de concentração, até a relação da concorrência com defesa de propriedade intelectual e com políticas industriais.

A ICN foi criada em outubro de 2001 por autoridades antitruste de quatorze países, sendo a única organização internacional criada com o único fim de deliberar acerca da aplicação de leis de defesa da concorrência. Sua ideia remonta a recomendações da *International Competition Policy Advisory Committee* – ICPAC, formada em 1997 por autoridades norte-americanas e que visava enfrentar preocupações concorrenciais em um cenário de globalização e de integração econômica, tais como a revisão de atos de concentração por diversas autoridades, a interface entre concorrência e comércio e perspectivas de cooperação interagências.²⁵⁸ Em seu relatório final²⁵⁹, o ICPAC sugeriu a constituição de um fórum internacional em que autoridades governamentais e organizações privadas poderiam tratar de temas relacionados à concorrência, buscando a convergência sobre determinadas áreas.²⁶⁰ Hoje a ICN conta com a participação de mais de oitenta países, e representa um fórum que se visa a cooperação internacional e a promoção de consenso em

²⁵⁶ Também pode-se mencionar a Organização Mundial do Comércio como um ambiente internacional de deliberação sobre temas de política de defesa da concorrência. Todavia, optou-se por analisá-la a parte, mais adiante.

²⁵⁷ Disponível em: <<http://www.oecd.org/about/history/>> Acesso em 12 set. 2013.

²⁵⁸ Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/history.aspx>> Acesso em 12 set. 2013.

²⁵⁹ ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. *Final Report to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust*, 2000. Disponível em <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html> Acesso em 15 set. 2013.

²⁶⁰ “A Global Competition Initiative should be inclusive and would foster dialogue directed toward greater convergence of competition law and analysis, common understandings, and common culture. Such a gathering also could serve as an information center, offer technical expertise to transition economies, and perhaps offer mediation and other dispute resolution capabilities.” ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. *Final Report to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust*, 2000. <http://www.justice.gov/atr/icpac/chapter6.htm>

determinadas áreas, e serve de apoio para a atividade de outras organizações, como a OCDE.²⁶¹

Um dos grandes problemas dos cartéis de exportação é a falta de informação quanto a suas reais características, em que permanece numa zona cinzenta entre um cartel *hardcore* e um acordo pró-competitivo. Tais organizações, fomentando o debate acerca do tema, podem ser de grande valia para a mitigação dessa questão, especialmente ao formular recomendações para a distinção entre as variadas espécies de cartel de exportação²⁶². Especialmente para aqueles países de menor tradição na área e com menos recursos, uma orientação quanto ao tema seria de grande valia.

Mais informações quanto aos efeitos domésticos dos cartéis de exportação também poderiam ser trocadas em tais fóruns, desestimulando a concessão irrestrita de isenções a tais acordos. O maior (re)conhecimento quanto aos possíveis efeitos deletérios no mercado doméstico poderia levar os países a revisar suas isenções.

Com efeito, o tema cartel de exportação já havia sido tratado pela OCDE em 1974. À época, a relação dos países com seus cartéis estava longe do *status* de hoje. Cartéis foram vistos como elementos essenciais para a reconstrução da economia global após a Segunda Guerra Mundial.²⁶³ Especificamente em relação aos cartéis de exportação, preocupações quanto à liberalização dos mercados foi se desenvolvendo, e o assunto ganhou relevância internacional. Diante da falta de informações quanto aos reais efeitos dos cartéis internacionais, não foi possível um aprofundamento no tema. De qualquer forma, certas preocupações quanto aos efeitos internos e nos países importadores, especialmente nos menos desenvolvidos, foram destacados.²⁶⁴

Era de se esperar que o tema ganhasse projeção.²⁶⁵ Entretanto, não foi o que aconteceu. Até hoje observa-se que cartéis de exportação tem sido mantido fora da agenda da

²⁶¹ WHISH, Richard; BAILEY, David, *op. cit.*, p.507

²⁶² SOKOL, Daniel, *op. cit.*, p. 978 “If the problem of export cartels is to obtain enough information to make appropriate decisions as to whether to clear certain conduct, soft-law antitrust institutions may be effective in creating norms and pushing this type of agenda. [...] these soft-law organizations could address export cartel issues through their analysis and implementation of cartel norms generally by distinguishing between those cartels that are hard-core cartels and those cartels in which the restraint is merely ancillary to doing business.”

²⁶³ “International economy after the war is planned to be fundamentally different. It will be the aim to establish the principle of economic co-operation as the foundation of an expanded world trade. The maelstrom of panic and economic warfare culminating in war will have to give way to a world in which the members strive for a better life through mutual trust, co-operation and assistance. It seems that, with this aim in view, the question whether cartels should be abolished because of the risk of abuse of economic power to the detriment of the community as a whole does not arise. Cartels are an indispensable and integral part of economic co-ordination. Their true economic function is to replace free competition by co-ordinating and marketing, and to end economic war by combining competitors in concerted action. To aim at international co-operation and to canvass the abolition of international cartels at the same time are two aims which are incompatible with one another. International Cartels will have to play a most essential part in the field of economic planning and co-operation.” KOCH, F. E., *op. cit.*, p. 11

²⁶⁴ Cf. GRIBBIN, J.D., *op. cit.*

²⁶⁵ “The OECD report is to be welcomed as a useful factual basis for international discussion of this long-term problem.” GRIBBIN, J.D., *op. cit.*, p. 350.

OCDE e da ICN²⁶⁶, o que muitos atribuem à dinâmica de poder existente em tais instituições, em que os países menos interessados em investigar o problema são os que definem a pauta das organizações²⁶⁷.

3.2.2 Hard Law

Mecanismos de *hard law* diferenciam-se pela sua força vinculante, podendo envolver diferentes formas de tratados internacionais, como acordos bilaterais, regionais, plurilaterais e multilaterais.

3.2.2.1 Acordos Bilaterais e Regionais

Como tratado anteriormente, países não estão dispostos a reverem isoladamente suas próprias isenções em relação a cartéis de exportação. Não só pela falta de incentivos para tanto – sob a crença que é uma prática que não gera efeitos no mercado doméstico – como também pelo receio de que coloque sua indústria em uma desvantagem comparativa em relação a de outros países, que mantêm isenções.

Esses obstáculos podem ser parcialmente superados por meio de concessões recíprocas entre os Estados, formalizados em acordos bilaterais. Tais acordos podem envolver uma mútua concessão de proibir a atuação de seus cartéis de exportação nos mercados da contraparte, bem como podem se relacionar a colaborações em investigações do país prejudicado, reduzindo-se as dificuldades da aplicação extraterritorial de suas leis.²⁶⁸

Tendo em vista os fins comerciais que uma isenção a cartéis de exportação pode ter²⁶⁹ – na medida em que buscam aumentar o bem-estar interno às expensas de mercados estrangeiros – tais acordos poderiam ser inseridos em acordos comerciais, que, desde a década de 1990 tanto floresceram. Garantir-se-ia que o progresso na liberalização do comércio internacional, por meio da eliminação de barreiras nacionais, não fosse prejudicado por práticas restritivas realizadas dentro das fronteiras dos países.²⁷⁰⁻²⁷¹ Com efeito, levantamento

²⁶⁶ Mais recentemente o tema voltou a ser debatido dentro da Organização Mundial do Comércio, do qual se falará mais adiante.

²⁶⁷ SOKOL, Daniel, *op. cit.*, p. 979: “Export cartels being off the agenda of the soft-law international antitrust institutions is in part a function of the power dynamics of the countries that maintain them. Not surprisingly, the jurisdictions with the most to lose with limits on export cartels (U.S. and EU) set the agenda (or at least have veto power over the agenda) of both of these organizations.”

²⁶⁸ IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 146.

²⁶⁹ BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 99.

²⁷⁰ HUFBAUER, Gary; KIM, Jisun, *op. cit.*, p. 8

²⁷¹ Entre acordos de colaboração em matéria antitruste, destacam-se, entre outros, os celebrados entre os Estados Unidos, Canadá, Alemanha e Austrália, e entre Austrália e Nova Zelândia. Cf. IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 147.

da UNCTAD indica que de 300 acordos comerciais bilaterais e regionais, ao menos 100 deles tem alguma provisão quanto à política de defesa da concorrência.²⁷²

Há que se destacar, todavia, que muitos desses acordos carecem de força vinculante, dependendo da boa vontade dos Estados para sua efetiva implementação. Ainda assim, tais acordos oferecem uma oportunidade para Estados – especialmente os menos desenvolvidos – aprimorarem sua política de defesa da concorrência²⁷³, reduzindo um dos obstáculos apontados acima quanto à aplicação extraterritorial das leis antitruste.

Ademais, acordos bilaterais não são uma solução global para os cartéis de exportação, mas tão somente uma restrição específica para que os cartéis de exportação de um país não operem em relação a outro país específico.²⁷⁴ Destaca-se que a legislação de diversos países expressamente excepciona suas isenções a cartéis de exportação para garantir o cumprimento, por parte do Estado, de seus acordos internacionais.

Semelhante aos acordos bilaterais, os regionais apresentam também a mesma restrição de só limitarem atividades entre as partes signatárias. Todavia, por envolver uma pluralidade de membros, tais acordos geram um efeito mais amplo que acordos bilaterais.

O maior exemplo de acordo regional seria a União Europeia. Após décadas de desenvolvimento, o direito europeu alcança elevado grau de integração. No que se refere ao direito antitruste, convém destacar o foco sobre o mercado comum, e não mais sobre o mercado doméstico de cada país, pelo que a preocupação em relação aos efeitos de uma prática (como um cartel de exportação) se dá em relação a todo o mercado comum.

Todavia, alcançar a maturidade atingida pelos países europeus não é tarefa simples, sendo difícil sua replicação em outras regiões. Com efeito, requer-se um verdadeiro consenso entre as partes sobre diversos aspectos de sua política de defesa da concorrência, econômica e industrial como contrapeso à perda da soberania do Estado²⁷⁵. A adoção de soluções conjuntas por outros blocos que veem desenvolvendo mecanismos regionais de integração parece ser, ainda, um futuro distante, uma vez que carecem da integração política,

²⁷² “In recent years, regional trade agreements have been proliferating among and between developed and developing countries. Currently there are around 300 bilateral and regional agreements, of which more than 100 contain commitments on competition policies with implications at both regional and national level.” UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), *op. cit.*, p. v.

²⁷³ “Nonetheless, these agreements may offer an opportunity for developing countries to level up their competition policy. In its study, the OECD analyzed eighty-six trade agreements that include competition related provisions and found that about two-thirds were between developing countries (often referred to as South-South agreements), and more than a fourth covered signatories from developing and industrialized economies (so-called North-South agreements).⁴ This pattern suggests an opportunity for developing countries to address their own competition policy concerns in bilateral or regional trade agreements.” HUFBAUER, Gary; KIM, Jisun, *op. cit.*, p. 8

²⁷⁴ Conforme apresentado por Representantes da União Europeia, “[...] while cooperation of a bilateral or regional nature could indeed be useful, a multilateral dimension to cooperation was needed since the practices at issue often went beyond the territories covered by bilateral and regional agreements and, in any case, a multilateral agreement could add momentum and emphasis to the fight against the practices noted [international cartels, export cartels, import cartels and abuses of dominance by foreign multinationals], which had a clear detrimental impact on both trade and the development prospects of Members.” WORLD TRADE ORGANIZATION. Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy. *Report on the meeting of 2-3 October 2000*. Note by the secretariat, 2003.

²⁷⁵ IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 148.

jurídica e econômica necessária para tal fim. Nesse sentido, destaca-se que os Estados Unidos, na constituição do NAFTA expressamente se recusaram a atender pedido do México para alterar o *Webb-Pomerene Act* e o *Export Trading Company Act*²⁷⁶:

Nenhuma alteração na legislação antitruste dos Estados Unidos, incluindo o Export Trading Company Act de 1982 ou o Webb Pomere Act, será requerida para implementar as obrigações dos Estados Unidos sob o NAFT. Essas leis contribuíram para a competitividade nas exportações das indústrias americanas e permanecem apropriadas no contexto da área de livre comércio. Nada no Acordo requer que nenhum governo do NAFTA tome medidas que afetem adversativamente tais associações.²⁷⁷

De qualquer forma, acordos bilaterais e multilaterais representam uma forma eficiente de países mutuamente se beneficiarem em relação a preocupações de ordem concorrencial. A proliferação desses instrumentos expande a área de proteção a essas práticas, reduzindo os interesses dos agentes econômicos em se utilizarem de isenções conferidas por seus países de origem. Ademais, há de se convir que mecanismos regionais estão à meio-passo de um enfrentamento global para o problema.

3.2.2.2 Acordos Multilaterais: o caso especial da OMC

O impacto que a concorrência pode desempenhar em termos de comércio internacional já há muito foi reconhecido. Ainda no final da década de 1940, a Carta de Havana, precursora do sistema GATT/OMC já tratava de uma ordem internacional de defesa da concorrência complementando a ordem de comércio internacional.²⁷⁸ A Carta de 1948 visava a constituição de uma *International Trade Organization* – ITO, e já endereçava preocupações quanto a cartéis e práticas restritivas que frustrariam o acesso a mercados²⁷⁹, tendo-se em mente a experiência então recente dos cartéis alemães e dos *zaibatsus* japoneses.²⁸⁰ Dispunha seu Capítulo V, artigo 46 acerca de uma política geral em relação a práticas restritivas de negócios:

²⁷⁶ LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, v.20, n. 4, p. 785–828, 2004, p. 797.

²⁷⁷ Tradução livre de: “No changes in U.S. antitrust laws, including the Export Trading Company Act of 1982 or the Webb-Pomerene Act, will be required to implement U.S. obligations under the NAFTA. These laws have contributed to the export competitiveness of U.S. industries and they remain appropriate in the context of a free trade area. Nothing in the Agreement requires any NAFTA government to take measures that would adversely affect such associations.” ESTADOS UNIDOS. *The North American Free Trade Agreement Implementation Act Statement of Administrative Action*. Disponível em: <<http://www.naftaclaims.com/Papers/US%20Statement%20of%20Administrative%20Action.pdf>> Acesso em 15 set. 2013.

²⁷⁸ BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 120.

²⁷⁹ HUFBAUER, Gary; KIM, Jisun, *op. cit.*, p.3

²⁸⁰ HOECKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petros. Economic Development, Competition Policy and the WTO. *Working Paper n° 2917*. World Bank Policy Research, out. 2002, p.3

Cada membro deve tomar as medidas apropriadas e deve cooperar com a Organização para prevenir, no que se refere a empresas públicas ou privadas, práticas de negócio que afetem o comércio internacional e que restrinjam a concorrência, limita o acesso a mercados, ou promove o controle monopolístico, sempre que tais práticas tenham efeitos prejudiciais na expansão da produção ou comércio e interfiram com o alcance de qualquer dos objetivos presentes no Artigo 1.²⁸¹

Todavia, com a rejeição da Carta de Havana pelo Congresso dos Estados Unidos, deixou-se de lado qualquer preocupação com tais práticas restritivas, restando tão somente a parte relativa ao comércio, transformada no *General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT.²⁸² Desde então, apenas ficou no plano da discussão a questão da concorrência sob uma ótica de comércio internacional. Na década de 1970, deliberou-se, dentro da ONU, acerca de práticas restritivas de negócios. Na década seguinte, nova atenção foi dada ao tema, em face das preocupações dos Estados Unidos com os conglomerados japoneses, que estariam impedindo os benefícios esperados de uma liberalização no comércio mundial. Na década de 1990 foi a vez de as preocupações se focarem nas megafusões. Ademais, o importante papel que a concorrência tem na criação do mercado comum europeu serviu de exemplo para se cogitar de uso de mecanismos semelhantes de âmbito global.²⁸³

Com a criação da Organização Mundial do Comércio, em 1995, englobando o GATT e uma série de outros acordos multilaterais, novas expectativas surgiram quanto à inclusão de aspectos concorrenciais na pauta da organização. Na Conferência Ministerial de Singapura, em 1996, um esforço mais estruturado começou a se delinear com a criação do Grupo de Trabalho sobre a Interação entre Comércio e Política da Concorrência (WGTC). O tema foi inserido na pauta da Rodada de Doha, conforme se percebe dos parágrafos 23 a 25 da Declaração Ministerial de Doha²⁸⁴. Este último estabelece o rumo do WGTC, o qual focaria na formulação de: princípios básicos, transparência, não-discriminação, provisões relacionadas a cartéis *hardcore*, modalidades de cooperação voluntária, suporte para a evolução de instituições relacionadas à concorrência em países em desenvolvimento.²⁸⁵

²⁸¹ Tradução livre de: “Each Member shall take appropriate measures and shall co-operate with the Organization to prevent, on the part of private or public commercial enterprises, business practices affecting international trade which restrain competition, limit access to markets, or foster monopolistic control, whenever such practices have harmful effects on the expansion of production or trade and interfere with the achievement of any of the other objectives set forth in Article I.” UNITED NATIONS. *United Nations Conference on Trade and Employment held at Havana, Cuba. Final Act and Related Documents*, abril 1948. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf> Acesso em: 16 set. 2013.

²⁸² THORSTENSEN, Vera. A OMC - Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência. *Revista brasileira de política internacional*, jun. 1998, vol. 41, nº 1, p. 57-89.

²⁸³ HOECKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petros, *op. cit.*, p. 01.

²⁸⁴ HUFBAUER, Gary; KIM, Jisun, *op. cit.*, p. 4

²⁸⁵ Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm> Acesso em 15 set. 2013.

Todavia, em face do travamento da Agenda decorrente da falta de consenso na matéria²⁸⁶, retirou-se a política da concorrência da pauta de Doha em 2004.

Independentemente do fracasso nas negociações, há que se destacar que temas relacionados à concorrência já estão presentes em alguns dispositivos do GATT e de acordos relacionados.²⁸⁷

No que se refere a cartéis de exportação, a OMC tem constantemente sido mencionada como um fórum para solucionar o problema.²⁸⁸ A promoção de cartéis de exportação alteraria os termos do comércio internacional em favor de políticas mercantilistas de países na mesma medida que outras barreiras não-tarifárias – como o dumping e subsídios²⁸⁹ – afetariam o livre comércio.²⁹⁰ Quando cartéis de exportação são compelidos pelo Estado, eles são imunes à aplicação das leis estrangeiras, conforme dito, uma vez que a restrição, em última instância, é causada pelo Estado. Todavia, este poderia vir a ser responsabilizado pelo sistema GATT.²⁹¹

Nesse sentido, a OMC seria vista como o melhor fórum para endereçar problemas anticompetitivos internacionais que impactem o comércio internacional. O comprometimento dos Estados, no contexto da OMC, daria coesão e estabilidade para o enfrentamento da questão.²⁹² Essa preferência pela Organização Mundial do Comércio pode ser ligada ao seu bem sucedido sistema de resolução de controvérsias²⁹³. Tal sistema é estabelecido no *Dispute Settlement Understanding* – DSU, e, conforme estabelecido em seu Artigo 3(2), objetiva

²⁸⁶ “Jackson later reasoned that the WTO's reluctance to explicitly address competition policy could be explained by various constitutional and procedural constraints. For example, it is difficult to harmonize existing national regimes into a single standard, especially since national competition policies not only entail different standards, but also require complex factual determinations of changed performance in specific markets as a result of designated actions (e.g., tying agreements, parallel import restrictions, mergers and acquisitions).” HUFBAUER, Gary; KIM, Jisun, *op. cit.*, p4

²⁸⁷ “No entanto, vários acordos da Rodada Uruguai podem ser considerados como incluindo dispositivos relacionados à concorrência. De um lado, a maioria desses acordos limita a habilidade dos governos de impor medidas ao comércio que tenham efeito de restringir ou distorcer a concorrência. De outro, alguns acordos contêm dispositivos que estão relacionados com as práticas empresariais que podem distorcer ou restringir o comércio internacional, e como os governos podem regular tais práticas. Dentre eles podem ser citados TRIMS, TRIPS, Serviços, Salvaguardas, Empresas Estatais Comerciais, Barreiras Técnicas, Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, Inspeção Pré-Embarque, Antidumping, Compras Governamentais e Aviação Civil.” THORSTENSEN, Vera, *op. cit.*, p. 80. Para detalhes de cada provisão, cf. p. 81-82 e HOECKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petros, *op. cit.*, p. 16-20.

²⁸⁸ Cf. SOKOL, Daniel, *op. cit.*, p. 975.

²⁸⁹ “Also, in regard to outgoing interferences with competition in target markets it should be appreciated that the Uruguay-round Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM) has continued the trend of making it more difficult for countries to subsidize exports which can have the same economic effect on target states as tolerating export-related anticompetitive conduct.” BECKER, Florian, *op. cit.*, 121.

²⁹⁰ WALLER, Spencer Weber. The failure of the export trading company program. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 17, n.2, p. 239-276, 1992, p. 273. Confira, ainda, a contribuição do Japão e da Comunidade Europeia no encontro do WGTCIP em 2 e 3 de outubro de 2000. WORLD TRADE ORGANIZATION. Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy. *Report on the meeting of 2-3 October 2000*. Note by the secretariat, 2003.

²⁹¹ IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 136.

²⁹² Conforme representantes da Coreia se manifestaram em encontro do WGTCIP: “[...] the WTO was the best available forum to address competition problems of great relevance to international trade and the achievement of WTO goals. With regard to the kinds of multilateral options that should be pursued.” Na mesma ocasião, representantes do Canadá apontaram que: “Cooperation commitments in the context of a WTO framework agreement on competition policy would provide the cohesion and stability necessary for a deepening of international anti-trust relationship.” WORLD TRADE ORGANIZATION. Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy. *Report on the meeting of 2-3 October 2000*. Note by the secretariat, 2003.

²⁹³ MCRAE, Donald. Measuring the effectiveness of the WTO Dispute Settlement System. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 3, n° 1, p. 1-20, março 2008, p. 1-2.

prover segurança e estabilidade ao sistema multilateral de comércio. O sistema é administrado pelo Órgão de Solução de Controvérsias (*Dispute Settlement Body* – DSB), do qual todos os membros da OMC podem participar. Importante mecanismo no sistema é o Artigo 23 do DSU, o qual determina a exclusividade dos procedimentos do DSU para dirimir controvérsias, vedando ações unilaterais.²⁹⁴

A primeira fase do sistema de solução de controvérsias da OMC consiste na consulta, que se aplica quando um Estado membro entende que outro membro violou o acordo da OMC ou, de outra forma, limitou os benefícios que se esperam dele. Em tal etapa, trata-se basicamente de permitir que as partes em disputa entendam melhor a controvérsia, os pontos de cada uma, e, eventualmente, já resolver o caso sem necessidade de novos procedimentos. Caso o procedimento de consulta não resolva a disputa em 60 dias após o seu requerimento, o Estado reclamante pode requerer ao DSB o estabelecimento de um painel para decidir acerca da controvérsia, composto por três indivíduos, definidos de comum acordo entre as partes. O relatório final do Painel é encaminhado, ao final do procedimento, a todos os membros da OMC, para que seja adotado pelo DSB, exceto se existir um consenso entre os membros para não o fazer. O sistema conta ainda com um fase recursal, exercida pelo Órgão de Apelação (*Appellate Body*). Tal órgão é composto por sete indivíduos indicados pelo DSB para mandatos de quatro anos, sendo que três são escolhidos para analisar um caso específico. Seu relatório final em determinada disputa deve ser automaticamente adotado pelo DSB, exceto se existir consenso dos Estados Membros em contrário.

A fase final do sistema consiste na verificação da implementação da decisão. Ao se verificar uma violação aos acordos da OMC, determina-se que o Estado adeque suas medidas infratoras aos dispositivos acordados. Caso não haja cumprimento dessa decisão, o Estado reclamante pode requerer compensação²⁹⁵ ou requerer permissão para tomar medidas retaliatórias – i.e., suspender concessões devidas ao outro Estado.²⁹⁶

Para a inclusão do tema cartéis de exportação na pauta da OMC tem-se buscado inseri-lo dentro de princípios e regras já existentes no sistema. Por exemplo, tem-se feito referência à utilização do princípio do tratamento nacional, previsto no Artigo III do GATT:

²⁹⁴ MCRAE aponta que o desenvolvimento do sistema era uma forma de garantia dos Estados contra a aplicação pelos EUA da *Section 301* do *US Trade Act*. MCRAE, Donald. Measuring the effectiveness of the WTO Dispute Settlement System. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 3, n° 1, pp. 1-20, março 2008, p. 5.

²⁹⁵ “Compensation under the WTO is a temporary measure designed to deal with delay in implementation. It does not provide compensation for the loss that was suffered as a result of the inconsistent measure. It is not retroactive. It provides alternative market access to the complaining country until the lack of market access that was complained about can be provided.” MCRAE, Donald. Measuring the effectiveness of the WTO Dispute Settlement System. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 3, n° 1, p. 1-20, março 2008, p. 08.

²⁹⁶ Para uma descrição detalhada do funcionamento do sistema de resolução de controvérsias da OMC, vide DAVEY, William J. The WTO Dispute Settlement Mechanism. *Research Paper No. 03-08*. Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series, 2003.

4. Os produtos de território de uma Parte Contratante que entrem no território de outra Parte Contratante não usufruirão tratamento menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional, no que diz respeito as leis, regulamento, e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição e utilização no mercado interno. Os dispositivos deste parágrafo não impedirão a aplicação de tarifas de transporte internas diferenciais, desde que se baseiem exclusivamente na operação econômica dos meios de transporte e não na nacionalidade do produto.

Uma vez que o princípio buscaria a estruturação de sistemas não discriminatórios entre os agentes internos e externos, cogita-se de sua aplicação ao caso de cartéis de exportação.²⁹⁷⁻²⁹⁸ Isso porque isenções a cartéis de exportação criariam uma discriminação na aplicação das leis domésticas, fazendo uma diferenciação de acordo com a origem do produto. O princípio demandaria, assim, uma reestruturação do sistema legal doméstico, de forma que este aplicasse suas leis antitruste indiscriminadamente.²⁹⁹

Todavia, muito se questiona a respeito da submissão de cartéis de exportação ao princípio. Seu escopo seria a importação de produtos, o que não ocorre no caso de cartéis de exportação, em que a discriminação é realizada a favor do produtor nacional para fins de exportar: o princípio aplicar-se-ia em casos que produtos nacionais e estrangeiros competem pelo mercado em que haveria uma suposta discriminação.³⁰⁰

Com efeito, o problema de cartéis de exportação é diferente dos problemas normalmente submetidos à OMC³⁰¹, pelo que os mecanismos atualmente existentes se parecem pouco apropriados para a tarefa. Ainda existe uma grande diferença de foco na política de comércio internacional e na de defesa da concorrência. O comércio internacional centraliza-se nas condutas dos Estados, e não nas condutas anticompetitivas privadas; em competidores ao invés de consumidores; em acesso a mercado, e não em distorções da concorrência.³⁰²

Para ajustar os sistemas e permitir o devido enfrentamento do problema pela OMC não faltaram sugestões. Por exemplo, em 1993 um grupo de 12 acadêmicos conhecido como o Grupo de Munique submeteu ao GATT um esboço de um Código Internacional Antitruste³⁰³ propondo sua inclusão no acordo geral.³⁰⁴ A proposta basicamente se referia à

²⁹⁷ BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 122.

²⁹⁸ Tais dúvidas já teriam sido levantadas em encontro de 2003 do WGTCF pelos representantes da Índia. Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy. *Report on the meeting of 26-27 may 2003*. Note by the secretariat, 2003.

²⁹⁹ O que pode ser entendido de duas formas: não conceder isenções antitruste para suas empresas, ou não aplicar suas leis antitruste em relação a cartéis de exportação estrangeiros.

³⁰⁰ BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 123.

³⁰¹ SOKOL, Daniel, *op. cit.*, p. 975.

³⁰² "This different focus makes trade law in its current state incapable of addressing the problem of anticompetitive conduct in foreign markets even if that conduct is supported by the host state of the companies involved." BECKER, Florian, *op. cit.*, p. 126.

³⁰³ A proposta de criação de uma autoridade supranacional antitruste não é nada nova. Cf. KLEIN, Julius. *International Cartels*. *Foreign Affairs*, v. 6, p. 448-458, 1928, p. 10

³⁰⁴ THORSTENSEN, Vera, *op. cit.*, p. 79.

aplicação de leis nacionais, adaptadas a certos standards comuns, para casos que afetassem mais de um país. Prevvia-se a instituição de uma Autoridade Antitruste Internacional com poderes de ingressar com as medidas cabíveis nas cortes do país que falhou em aplicar suas leis em violações de obrigações previstas no código.³⁰⁵

Aditya Bhattacharjea propõe a criação de um novo instituto, semelhante à abordagem do antidumping. A ideia seria combater o que poderia ser visto como a antítese do dumping: o sobrepreço do cartel. Os Estados prejudicados não necessitariam provar um acordo de fixação de preço, mas tão somente demonstrar que existe um sobrepreço, podendo este ser avaliado com a comparação do preço cobrado no mercado doméstico do cartel.³⁰⁶

Daniel Sokol, por sua vez, propõe uma medida mais modesta, mas, ao mesmo tempo, mais simples de ser implementada, uma vez que atentaria menos contra os interesses do país de origem. Propõe o autor a criação de mecanismos de notificação compulsória de cartéis de exportação à OMC. Os países exigiriam que os acordos de exportação fossem submetidos a suas autoridades nacionais de forma a verificar seus potenciais efeitos e obter uma autorização temporária. Esgotado o período concedido, a autorização seria renovada somente se não se verificasse que as empresas estão envolvidas em condutas anticompetitivas nos exterior. Trata-se de uma solução mais modesta, visando apenas superar um dos grandes desafios para a aplicação dos extraterritorial das leis antitruste dos países importadores: a falta de transparência.³⁰⁷

Deve-se destacar que já houve a apresentação de minuta de um acordo multilateral dentro da OMC pela Comissão Europeia e pelo Japão, segundo o qual todos os tipos de cartéis de exportação seriam proibidos.³⁰⁸ Entretanto, no atual contexto, parece remota a sua concretização, tendo em vista o grande conflito de interesses envolvidos no tema. Por isso, se cogita de formas mais modestas, como acordos plurilaterais³⁰⁹, ainda dentro da OMC, para tratar do tema.³¹⁰ O sucesso dessa proposta poderia torná-la mais atraente, aumentando o número de países membros, e, conseqüentemente, expandindo sua proteção.

³⁰⁵ IMMENGA, Ulrich, *op. cit.*, p. 148-149.

³⁰⁶ BHATTACHARJE, Aditya, *op. cit.*, p. 32-33.

³⁰⁷ "These domestic commitments would be effectuated through a new binding commitment within the WTO. Exporting countries have no incentive to go along with mandatory transparency because they gain from export cartel immunities. To provide an incentive for such countries to agree to the WTO solution, developing world countries would need to provide increased market access in other areas. Specific WTO provisions for transparency in export cartels would enable better potential domestic enforcement. Mandatory notification would allow agencies across jurisdictions to have better information on export cartels and allow them to determine whether or not these export cartels harm consumer welfare in their own markets. This puts the onus on the antitrust agencies of importing countries to investigate export cartels and their potential harms in each particular jurisdiction given that the information costs are lowest at the domestic level." SOKOL, Daniel, *op. cit.*, p. 981.

³⁰⁸ Cf. MARTINEZ, Ana Paula, *op. cit.*, p. 60.

³⁰⁹ A diferenciação dos acordos multilaterais e plurilaterais pode ser observada no Artigo II do Acordo que Cria a Organização Mundial do Comércio. Os primeiros referem-se a tratados vinculativos a todos os Estados Membros da OMC. Os plurilaterais, por sua vez, só obrigariam aqueles Estados que o ratificassem.

³¹⁰ HUFBAUER, Gary; KIM, Jisun, *op. cit.*, p.10

3.3 Uma proposta de solução por meio de mecanismos complementares

Do acima exposto, observa-se que, dado os inúmeros interesses em jogo, o desenho de uma estrutura capaz de efetivamente enfrentar a questão dos cartéis de exportação não pode depender apenas de uma frente, mas sim de um conjunto de mecanismos que se complementem, um superando as limitações do outro.

Ainda que a adoção de instrumentos de *hard law* entre os Estados proibindo os cartéis de exportação prejudiciais aos mercados de exportação seja, provavelmente, a forma mais efetiva de se combater os cartéis de exportação, sua implementação, atualmente, se mostra impraticável. Por tal razão, deve-se verificar outras opções.

Na estruturação de uma solução, deve-se ter em mente o pouco interesse dos países de origem em reverem sua política de isenção a cartéis de exportação, conforme as razões já anteriormente apresentadas. Assim, buscar uma atitude cooperativa de tais Estados deve se dar apenas marginalmente, e não ser o centro da proposta.

A melhor opção seria investir na persecução de tais acordos pelos países de destino – os países importadores. Isso porque são esses os maiores interessados nessa tarefa. Ainda que se trate de uma solução que, por sua natureza, é essencialmente unilateral, ela poderia ganhar novos contornos quando complementada por mecanismos de cooperação internacional, especialmente por mecanismos de *soft law*. Tais mecanismos permitiriam a superação de algumas dificuldades na aplicação, pelos países de destino, de suas leis antitruste.

Países que já tivessem investigado e punido determinado cartel de exportação poderiam compartilhar suas informações com outros países afetados, facilitando a persecução também nesses países. Tal troca de informações, destaca-se, seria mutuamente benéfica. Por um lado, permite que países que de outra maneira não teriam condições de iniciar um complexo procedimento investigatório possam o fazer com custos reduzidos. De outro lado, a persecução por mais autoridades seria uma maior garantia de cessação da prática. Isso porque a manutenção da estrutura anticompetitiva, ainda que para atuar em outros mercados, continuaria a ser um risco, permitindo a continuidade da conduta de forma menos aparente. Em certa medida, o problema se assemelha às preocupações referentes aos efeitos internos do cartel de exportação.

Essa troca de informações também permitiria que países que não possuem condições de executar suas decisões se valham de condenações (e execuções) de outras jurisdições. Trata-se da valoração do *spill over effect* das decisões, já anteriormente

mentionado. Com isso, mais um obstáculo à aplicação extraterritorial das leis antitruste pode ser superado.

Por meio de instituições internacionais, tais como OCDE e ICN, pode-se buscar aproximar países com interesses alinhados – países prejudicados por cartéis de exportação estrangeiros têm o interesse comum de reprimir a prática – e a implementação de mecanismos de cooperação. Essa cooperação permitiria uma crescente e sistemática persecução de tais práticas pela comunidade internacional, tornando pouco atraente a utilização de isenções antitruste pelos agentes econômicos, as quais, possivelmente, acabariam em desuso.

Todavia, a solução até o momento proposta se mostra insuficiente para superar um dos principais problemas na investigação de tais tipos de práticas: o de seu conhecimento³¹¹. A troca de experiências e informações acima apresentada pressupõe que ao menos uma jurisdição tenha tido conhecimento da prática. Entretanto, em muitos casos, especialmente daqueles cartéis de exportação que não são registrados em seus países de origem, esse conhecimento inicial é difícil de ser concretizado.

A superação plena de tal dificuldade demanda, invariavelmente, uma atuação do país de origem, uma vez que são esses que efetiva e mais facilmente tem poderes sobre os agentes econômicos que formam o cartel. Tendo em vista que não se pode esperar uma total colaboração dos países de origem, há de se elaborar, assim como Daniel Sokol, uma proposta mais modesta, que exija menos de tais países. No caso, trata-se de estruturar um sistema de registro público compulsório dos cartéis de exportação, disponível a todos os Estados. Para maior efetividade, haveria de se instrumentalizar uma obrigação de registro por um acordo multilateral, de forma a se evitar o problema do dilema dos prisioneiros anteriormente referido. Ainda que a publicização espontânea pelos países de origem de seus cartéis de exportação já alcance o propósito, estes teriam poucos incentivos de o fazerem isoladamente, sem uma contrapartida dos outros Estados.

Para tal tarefa, a implementação dessa obrigação dentro do sistema da OMC se mostra interessante, isso porque a extinção dessas *beggar-thy-neighbor policies* parece se coadunar com a missão da OMC de reduzir obstáculos ao comércio internacional e a criar um nível comum a todos os Estados – em suma, à liberação do comércio internacional. Ao contrário da grande polêmica que cercou os debates acerca da relação entre concorrência e

³¹¹ Não sem razão, tal ponto é frequentemente destacado pelos quando se discute cartéis de exportação. A respeito, vide manifestação do Quênia em WORLD TRADE ORGANIZATION. Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy. *Report on the meeting of 26-27 may 2003*. Note by the secretariat, 2003. Confira também, WORLD BANK. *Global Economics Prospects 2003*. Disponível em: <<http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSPContentServer/WDSP/IB/2004/02/05/00026551320040205152440/Rendered/PDF/overeng03.pdf>> Acesso em: 15 out. 2013.

comércio internacional, anteriormente tratada, a inserção de uma regra prevendo a obrigatoriedade de registro pelos Estados de seus cartéis de exportação possivelmente seria menos controvertida, uma vez que não demandaria uma postura concreta dos Estados de origem na punição de seus próprios cartéis de exportação, e nem implicaria um reconhecimento quanto à ilicitude ou nocividade de tais práticas. Em suma, trata-se de tão somente fornecer os meios necessários para que os países que se achem prejudicados, por conta própria, tomem as medidas que lhe estiverem disponíveis. Considerando que um dos maiores defensores dos cartéis de exportação, os Estados Unidos, já torna público seus cartéis, a implementação da regra possivelmente não seria algo tão difícil. Com efeito, o registro e a publicização dos cartéis de exportação pode ser benéfica também para os países exportadores. Assim como na lógica das isenções conferidas mediante registro a autoridades nacionais, dá-se ao próprio Estado maiores informações quanto ao acordo, de forma que seja possível a verificação de que este, de fato, não esteja gerando repercussões negativas no mercado doméstico. A publicização dos acordos permite que a autoridade seja auxiliada por todos os grupos de interesses nacionais nessa tarefa, reduzindo os custos e riscos de monitoramento. Por fim, sendo uma concessão recíproca de todos os Estados, o país é beneficiado pela maior informação que passaria a ter dos cartéis de exportação que lhe afetem.

A obrigação seria muito simples. Demandar-se-ia que todos os cartéis de exportação dos Estados Membros, independentemente da existência de formas de isenções, expressas ou implícitas, sejam registrados na OMC. Destaca-se que esse registro não significaria nenhuma forma de controle preventivo dos atos, mas tão somente uma forma de tornar pública sua existência, facilitando a avaliação de seus efeitos no exterior pelas autoridades competentes. Aos Estados não seria atribuída nenhuma obrigação de proibir ou punir tais acordos, nem formas de efetiva colaboração com investigações estrangeiras. Sua obrigação se limitaria a garantir um sistema efetivo de comunicação desses acordos, pelo qual poderia ser demandado pelos sistemas de resolução de conflitos da OMC.

Ainda que possa parecer inexpressivo, tornar pública essa informação já superaria possivelmente a maior barreira existente para o enfrentamento da conduta pelos países por ela afetados, facilitando e potencializando o efeito de uma solução unilateral incentivada por mecanismos de cooperação internacional, conforme acima delineada. Com efeito, a importância da transparência na persecução dos cartéis de exportação foi demonstrada numa experiência recente envolvendo a Irlanda e os *Webb-cartels* norte-americanos. Uma vez que tais acordos demandam registro no FTC, como visto anteriormente, estes são tornados públicos no sítio eletrônico da instituição. A partir de tais informações, a autoridade de defesa

da concorrência irlandesa encaminhou ofícios a todas as associações registradas questionando quais delas estariam envolvidas em práticas anticompetitivas, especialmente cartéis, com efeitos na Irlanda. Como resultado, atividades de cartéis de exportação cessaram no país³¹². Conforme conclui Sokol:

A experiência irlandesa sugere uma forma de baixo custo pela qual o potencial impacto negativo de empresas que exportam conjuntamente seus produtos poderia ser enfrentado pelos países importadores com custos mínimos no país de exportação.³¹³

Por fim, concomitantemente a isso tudo, por meio da continuação de estudos relacionados à demonstração dos efeitos domésticos de cartéis de exportação, a academia e organismos internacionais podem começar a enfraquecer os grupos interesses que suportam a manutenção das isenções antitruste. De se cogitar, assim, que num futuro – ainda remoto – possa-se mais abertamente tratar de soluções unilaterais pelos próprios países de origem, ou, indo além, na implementação de um sistema multilateral acerca da questão. Com isso, poder-se-ia vislumbrar uma solução mais estável, permanente e menos custosa para o problema dos cartéis de exportação.

312 “Mandatory transparency would allow importing jurisdictions a further check on the activities of joint exporting firms that may be causing an anticompetitive effect. This would particularly assist developing world agencies in obtaining information as to the potential anticompetitive effects of export cartels in their jurisdictions. Though not a developing world antitrust agency, the Irish Competition Authority (‘ICA’) has shown how transparency can yield results against export cartels. The Webb Pomerene Act requires registration with the FTC, which posts the filings on the FTC webpage. This posting made it very easy from the perspective of the ICA to get a list of all associations registered. The ICA then sent letters to all the associations and asked the associations which of their members may be engaged in cartel activities that had an effect in Ireland. Export cartel activity in Ireland stopped as a result.” SOKOL, Daniel, op. cit., p. 981. Confirma também LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The economic impact of the U.S. Export Trading Company Act. Working Paper N° 1036. Ross School of Business. University of Michigan, 2006. p. 11.

313 Tradução livre de: “The Irish experience suggests a low-cost way in which the potential negative impact of joint exporting firms could be addressed by an importing country with minimal cost to the exporting country.” SOKOL, Daniel, op. cit., p. 981.

CONCLUSÃO

Conforme visto, cartéis de exportação gozam de isenção à aplicação das leis antitruste de seus países de origem em quase todos os Estados. Inicialmente, com os Estados Unidos no começo do século XX, a razão dessa imunidade relacionava-se a questões de política comercial, por meio da qual se esperava que os agentes econômicos (especialmente as pequenas e médias empresas) se associariam, criando estruturas mais eficientes que teriam melhores condições de concorrer no mercado mundial e, conseqüentemente, promoveriam as exportações do país. Tudo isso sem nenhum prejuízo interno. Todavia, conforme demonstra a experiência norte-americana, o objetivo nunca foi alcançado, não servindo para promover exportações, especialmente das pequenas e médias empresas, que pouco se utilizaram dessas isenções.

As isenções, contudo, podem ser estabelecidas em outras bases. Por considerarem que tais práticas não ameaçam seus mercados domésticos, elas escapam do interesse das autoridades de defesa da concorrência, que preferem dispende seus limitados recursos em atividades que atendam a interesses mais prementes do ponto de vista nacional.

Essa premissa, de que cartéis de exportação não produziram efeitos internamente, é altamente controversa. Ainda que não almejem afetar diretamente os mercados domésticos, geram riscos não desprezíveis ao seu funcionamento. Por um lado, essas relações entre concorrentes – legítimas – pode propiciar a cartelização em relação ao mercado doméstico, especialmente ao se considerar a troca de informações sensíveis. Por outro lado, muitas vezes as condições de oferta e de preço no mercado doméstico são difíceis de serem separadas das condições do mercado internacional, pelo que o mercado interno pode ser afetado por decisões de concorrentes voltadas à sua atuação no exterior. De qualquer forma, países têm se mostrado alheios a tais riscos, e quando estes são efetivamente ponderados, são resolvidos por soluções que não afastam os potenciais efeitos nocivos nos países importadores.

De forma alguma isso é uma censura às atividades das autoridades domésticas. Muito pelo contrário. É mais do que natural que elas assim o façam, tendo em vista que é extremamente complexo se atribuir a uma autoridade nacional preocupações atinentes ao bem-estar social de outros países³¹⁴. Os custos e dificuldades já tornam tal tarefa impensável. De qualquer forma, a assimilação dessa constatação é extremamente valiosa, na medida em

³¹⁴ Cf. MARTINEZ, Ana Paula, *op. cit.*, p. 59-67.

que afasta perspectivas de resolução da questão dos cartéis de exportação que se baseiam essencialmente na revogação das isenções, de forma unilateral.

Como se demonstrou, cartéis de exportação podem representar prejuízos aos mercados importadores da mesma forma que cartéis clássicos, uma vez que as suas supostas eficiências dificilmente justificam a restrição que implicam. Assim, são os países importadores os maiores interessados em reprimir a prática. A adoção da teoria dos efeitos confere jurisdição a esses países em relação a tais práticas. Todavia, diversas dificuldades subsistem na sua persecução, especialmente por envolver agentes econômicos estrangeiros. Tais dificuldades podem ser associadas ao conhecimento da prática (e de prová-la), bem como ao *enforcement* de decisões, principalmente quando os agentes não detêm qualquer ativo no país importador – situação em que regras de solidariedade poderiam superar o empecilho. Ademais, países menos desenvolvidos, ou países que carecem de uma estrutura de defesa da concorrência efetiva, se mostram especialmente vulneráveis a tais práticas.

Para o efetivo enfrentamento da questão, se analisou diversos instrumentos internacionais que poderiam ser utilizados. Em relação a mecanismos de *soft law*, estes dificilmente conseguiriam significar um meio para que países revejam suas políticas de isenções a cartéis de exportação – o que pode ser explicado pela *public choice theory*. De qualquer forma, pode servir de plataforma para que países afetados por cartéis de exportação troquem informações e experiências em relação a suas investigações. Do ponto de vista de instrumentos de *hard law*, estes poderiam levar à extinção das isenções. Acordos bilaterais ou regionais, como a União Europeia, inserem nas autoridades domésticas preocupações em relação aos efeitos das práticas cometidas em seu território com efeitos às contrapartes nos acordos. Acordos multilaterais, a seu turno, estenderiam os benefícios a todos os Estados. Nesse sentido, conforme se tratou, muito se aponta para a inclusão do tema cartel de exportação na pauta da Organização Mundial do Comércio. Dada a trajetória bem sucedida de seu sistema de resolução de conflitos, o tema poderia ser tratado de forma sistemática e cogente pela comunidade internacional. Com efeito, no final do século XX, a OMC começou a desenvolver estudos quanto à relação do comércio internacional com a concorrência. Todavia, as discussões foram suspensas, tendo em vista as dificuldades de tratar do tema numa base comum para todos os países. Tal experiência demonstrou a dificuldade de inserção do tema numa base multilateral, ao menos segundo contornos que exijam especificamente a extinção das isenções conferidas a cartéis de exportação.

Tais considerações indicam que a solução deve ser obtida a partir da junção desses instrumentos, de forma a se complementarem. O ponto de partida é a aplicação, pelos

países importadores, de suas leis antitruste. Tendo em vista que esses são os maiores prejudicados pela prática, também são os maiores interessados na sua repressão. Assim, o sistema deve visar a superar as deficiências de tal mecanismo. Nessa tarefa, instrumentos de cooperação internacional podem ajudar países com interesses convergentes a mutuamente se beneficiarem das investigações dos outros. A persecução contínua e sistemática dos cartéis de exportação pelos países importadores, facilitada por cooperação internacional, reduz os incentivos para os agentes econômicos se utilizarem dessas isenções. Tal mecanismo poderia significar uma solução às avessas ao problema dos cartéis de exportação, uma vez que as isenções se manteriam, mas acabariam caindo em desuso. Finalmente, a adoção de uma obrigação de registro dos cartéis de exportação, possivelmente dentro da OMC, daria transparência aos acordos, permitindo que as jurisdições que se entendam lesadas tomem as medidas necessárias para por término à prática.

Tendo em vista que a adoção de uma solução ideal, que excluísse as isenções aos cartéis de exportação, parece, no atual momento, estar distante, há que se conviver com uma “segunda melhor solução.”³¹⁵ De todo modo, com a contínua evolução da internacionalização do tema concorrência, de se cogitar se essa solução ideal continuará inalcançável por muito mais tempo.

³¹⁵ SOKOL, Daniel, *op. cit.*, p. 970.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. Competition Act, de 30 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://www.compcom.co.za/assets/Files/pocket-book-2005-R.pdf>> Acesso em: 18 set. 2013.

BECKER, Florian. The case of export cartel exemptions: between competition and protectionism. *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 3, n. 1, 97-126, 2007.

BHATTACHARJEA, Aditya. Export Cartel: a developing country perspective. *Working Paper n. 120*, Center for Development Economics (CDE), Department of Economics, Delhi School of Economics, 2004.

BRASIL. LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 de dez. 2011.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. *SEAE recomenda aprovação com restrições de joint venture entre Sadia e Perdigão*. Disponível em: < http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/2002-1/22-r020529> Acesso em: 02 set. 2013.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração Nº 08012.002018/2010-07. Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Julgado em 04 jul. 2012.

_____. _____. Processo Administrativo Nº 08012.002127/2002-14. Relator Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Julgado em 13 jul. 2005.

_____. _____. Processo Administrativo Nº 08012.004472/2000-12. Relatora Conselheira Ana Frazão. Julgado em 06 de março de 2013.

_____. _____. Processo Administrativo Nº 08012.004702/2004-77. Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 09 de maio de 2012.

_____. _____. Processo Administrativo Nº 08012.009834/2006-57. Voto-Vista Conselheira Ana Frazão. Julgado em 13 mar. 2013.

China blasts US court for \$162 mn price-fixing award. *Global Post*, 19 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.globalpost.com/dispatch/news/afp/130319/china-blasts-us-court-162-mn-price-fixing-award>> Acesso em: 17 out. 2013.

DAVEY, William J. The WTO Dispute Settlement Mechanism. *Research Paper No. 03-08*. Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series, 2003.

DIAMOND, Sidney A. The webb-pomerene act and export trade associations. *Columbia Law Review*, vol. 44, n. 6, p. 805-835, 1944.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Trade Commission Act*. 1914. Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/46>> Acesso em: 03 set. 2013.

_____. Foreign Trade Antitrust Improvement Act, de 1982. 15 USC §6. Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/6a>> Acesso em: 03 set. 2013.

_____. Department of Justice. Federal Trade Commission. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 2000.

_____. Department of Justice. Federal Trade Commission. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, abril de 1995. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>> Acesso em 9 set. 2013.

_____. Department of Justice. *Final Report to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust*, 2000. Disponível em <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html>> Acesso em 15 set. 2013.

_____. *Foreign Sovereign Immunities Act*, 1976. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/part-IV/chapter-97>> Acesso em 19 set. 2013.

_____. *The North American Free Trade Agreement Implementation Act Statement of Administrative Action*. Disponível em: <<http://www.naftaclaims.com/Papers/US%20Statement%20of%20Administrative%20Action.pdf>> Acesso em 15 set. 2013.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2006.

GRIBBIN, J.D. Review of export cartels: report of the committee of experts on restrictive business practices, OECD 1974. *Antitrust Bulletin*, v. 21, p. 341-350, 1976.

HOECKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petros. Economic Development, Competition Policy and the WTO. *Working Paper n° 2917*. World Bank Policy Research, outubro 2002.

HÖLZLER, Heinrich; BRAUN, David. Antitrust control over pure export cartels: the new German approach. *Antitrust Bulletin*, v. 27, p.957-991, 1982.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy*. The Law of Competition and Its Practice. 3ª ed. Thomson West, 2005.

IMMENGA, Ulrich. Export cartels and voluntary export restraints between trade and competition policy. *Pacific Rim Law and Policy Journal*, vol. 4, n. 1, p. 93-151, 1995.

IRWIN, William. Uralkali's BPC potash announcement: What's the real impact? *Potash Investing News*, 30 de julho de 2013. Disponível em: <<http://potashinvestingnews.com/8472-uralkalis-bpc-potash-announcement-whats-the-real-impact.html>> Acesso em: 17 set. 2013.

JAPAN FOREIGN TRADE COUNCIL. *Shosa functions & activities*. Disponível em: <<http://www.jftc.or.jp/shosha/english/function/index.html>> Acesso em 18 set. 2013.

JENNY, Frédéric. Export cartels in primary products: the potash case in perspective. In: EVENNET, Simon J.; JENNY, Frédéric (Eds.). *Trade, Competition, and the Pricing of Commodities*. Londres: CEPR, 2012. p. 99-132.

KLEIN, Julius. International Cartels. *Foreign Affaris*, v. 6, p. 448-458, 1928.

KOCH, F.E. Cartels as instruments of international economic organization: public and private legal aspects of international cartels. *The Modern Law Review*, v. 8, n.3, p. 130-148, 1945.

LARSON, David. A. An economic analysis of the Webb-Pomere Act. *The Journal of Law and Economics*, v. 13, n.2, p. 461-500, 1970.

LEVENSTEIN, Margaret C.; SUSLOW, Valerie Y. The changing international status of export cartel exemptions. *American University International Law Review*, v.20, n. 4, p. 785–828, 2004.

_____; _____. The economic impact of the U.S. Export Trading Company Act. Working Paper N° 1036. Ross School of Business. University of Michigan, 2006.

MANKIW, N. Gregory. *Princípios de microeconomia*. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARTINEZ, Ana Paula. Isenção antitruste para cartel de exportação: qual o caminho. *Revista do IBRAC*, vol. 17, p. 38-67, 2010.

MCRAE, Donald. Measuring the effectiveness of the WTO Dispute Settlement System. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 3, n° 1, pp. 1-20, março 2008.

MIURA, Maira Yuriko Rocha. *Os cartéis de exportação na ordem jurídica brasileira*. Uma visão de Direito Comercial. 2010. 227 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2010.

MOODALIYAR, Kasturi. The impact of the ANSAC judgements on competition analysis. *SA Mercantile Law Journal*, vol. 18, n. 3, p. 367-375, 2006.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy*. 12ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Coverage of Competition Laws: illustrative examples of exclusions*. OECD Joint Global Forum on Trade and Competition. Paris, 2007.

_____. *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, 1990. Disponível em: < <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf> > . Acesso em: 16 set. 2013.

_____. *Hard Core Cartels*. Reports. Paris, 2000.

_____. *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*. Policy Roundtables. Paris, 2010.

_____. *Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, 25 de março de 1998. Disponível em: <<http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193&InstrumentPID=189&Lang=en&Book=False>> Acesso em: 18 set. 2013.

_____. *The role of efficiency claims in antitrust proceedings*. Policy Roundtables. Paris, 2012.

_____. *Trade associations*. Policy Roundtables. Paris, 2007.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico* . Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. As estruturas. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007

SCHILZ, Harold. Post-war operations of export associations under the Webb and Sherman Laws. *Virginia Law Review*, v. 31, p. 613-627, 1945.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes in POSSAS, Mário L. (org). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, p. 97-135.

SHELTON, Dinah L. Soft Law. *Research Paper No. 322*; George Washington University Law School, 2008.

SLOAN, Richard A. The Webb-Pomerene Act at Home and Abroad. *Iustitia*, v. 4, p. 36-49, 1976-1977.

SOKOL, Daniel. What do we really know about export cartels and what is the appropriate solution? *Journal of Competition Law & Economics*, v. 4, p. 967-982, 2008.

SWEENEY, Brendan. Combating foreign anti-competitive conduct: what role for extraterritorialism? *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8, p. 35-87, 2007.

THE CONFERENCE BOARD OF CANADA. *Saskatchewan in the Spotlight: Acquisition of Potash Corporation of Saskatchewan Inc*. Risks and Opportunities, 2010. Disponível em: <<http://www.gov.sk.ca/adx.aspx/adxGetMedia.aspx?mediaId=1245&PN=Shared>> Acesso em 18 set. 2013.

THE WALL STREET JOURNAL. *BHP roils potash cartel*. Disponível em: <<http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704125604575449640415573142.html>> Acesso em: 11 set. 2013.

THORSTENSEN, Vera. A OMC - Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência. *Revista brasileira de política internacional.*, jun. 1998, vol. 41, nº 1, p. 57-89.

TREDENNICK JR, John Cook. The Webb-Pomerene Act: A Reexamination of Export Cartels in World Trade. *Virginia Journal of International Law*, vol. 19, n.1, p. 151-182, 1978.

UNIÃO EUROPÉIA. Comissão Europeia. *Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*, 2011.

_____. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia., de 2008. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:pt:PDF>> Acesso em 5 set. 2013.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to assure Development Gains*. Trade and Competition issues: experience at the regional level. Nova Iorque, 2005.

UNITED NATIONS. *United Nations Conference on Trade and Employment held at Havana, Cuba*. Final Act and Related Documents, abril 1948. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf> Acesso em: 16 set. 2013.

Uralkali CEO arrested in Belarus amid potash dispute. *CBC News*, 26 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.cbc.ca/news/business/uralkali-ceo-arrested-in-belarus-amid-potash-dispute-1.1346471>> Acesso em: 17 out. 2013.

VICTOR, A. Paul. Export cartels: an idea whose time has passed. *Antitrust Law Journal*, vol. 60, p. 571-581, 1992.

WALLER, Spencer Weber. The ambivalence of United States antitrust policy toward single country export cartels. *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 10, p. 98-113, 1989.

_____. The failure of the export trading company program. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 17, n.2, p. 239-276, 1992.

WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.

WORLD BANK. *Global Economics Prospects 2003*. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSPContentServer/WDSP/IB/2004/02/05/000265513_20040205152440/Rendered/PDF/overeng03.pdf> Acesso em: 15 out. 2013.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy. *Report on the meeting of 2-3 October 2000*. Note by the secretariat, 2003.

_____. _____. *Report on the meeting of 26-27 may 2003*. Note by the secretariat, 2003.